Vollstreckungsverträge

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Johann Georg Raatz

Gerichtsreferendar aus Stendal

Berichterstatter:
Professor Dr. Erich Schwinge

1935

CARL HEYMANNS VERLAG · BERLIN

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Teil:

Allgemeines über Vollstreckungsverträge 6

§ 2. Arten der Vollstreckungsverträge 6

§ 3. Wirtschaftlicher Hintergrund von Vollstreckungsverträgen 11

II. Teil:

Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen? 17

§ 4. Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen mit unmittelbarer prozessualer Wirkung? 17

§ 5. Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen mit rein schuldrechtlicher Wirkung? 29

§ 6. Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen über Offenbarungseids- und Konkursverfahren? 40

III. Teil:

§ 7. Auslegungsfragen 47

IV. Teil:

Rechtsstellung des Schuldners in der Zwangsvollstreckung gegenüber vereinbarungswidrigen Vollstreckungsmaßnahmen 51

§ 8. Allgemeines über die in Betracht kommenden vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe 51

§ 9. Unmittelbare Anwendbarkeit von § 766 ZPO? 53

§ 10. Unmittelbare Anwendbarkeit von § 767 ZPO? 55

§ 11. Entsprechende Anwendbarkeit von § 766 oder § 767 ZPO? 59

§ 12. Geltendmachung von Vollstreckungsverträgen im Offenbarungseids- und Konkursverfahren 78

V. Teil:

Anhang 82

§ 13. Rechtslage nach dem Entwurf einer ZPO von 1931 82

§ 14. Rechtslage im österreichischen Recht 85

Abkürzungen nach: Maaß-Magnus, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Berlin-Leipzig, 1929.

Paragraphenangaben ohne näheren Zusatz beziehen sich auf die Zivilprozeßordnung.

§ 1.

Einleitung.

Obwohl eine große Anzahl gerichtlicher Entscheidungen zeigt, daß den sog. Vollstreckungsverträgen in der Praxis ganz erhebliche Bedeutung zukommt, haben diese Verträge im Schrifttum bisher verhältnismäßig wenig Beachtung gefunden. Die vorliegende Arbeit unternimmt den Versuch, die wichtigsten mit diesen Verträgen zusammenhängenden rechtlichen Fragen zu beantworten. Der Umfang der gestellten Aufgabe bedarf vorweg in doppelter Hinsicht einer näheren Umgrenzung.

I. Gegenstand der Arbeit sind nicht sämtliche Arten von Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Schuldner über die Zwangsvollstreckung, sondern nur diejenige Gruppe, der in der Praxis die größte Bedeutung zukommt, die sog. beschränkenden Vollstreckungsverträge, d. h. diejenigen Vereinbarungen zwischen Schuldner und Gläubiger, durch die die Befugnisse des Gläubigers zur Ausnutzung des Vollstreckungstitels in irgendeiner Weise beschränkt[1]) werden.

Aus dem Kreise der Erörterungen scheiden demnach aus die Verträge, welche eine Erweiterung[2]) der Vollstreckungsbefugnisse des Gläubigers über die gesetzlichen Grenzen hinaus zum Gegenstand haben[3]).

---

[1]) Hierunter wird in der vorliegenden Untersuchung auch der Fall des völligen Ausschlusses der Zwangsvollstreckung gerechnet, obwohl genau genommen, hier nicht bloß von einer Beschränkung der Vollstreckung die Rede sein kann; denn der völlige Ausschluß der Zwangsvollstreckung geht weiter als die bloße Beschränkung, die ja begrifflich immer noch in bestimmten Grenzen dem Gläubiger die Vollstreckung gestattet. Die Abrede des völligen Ausschlusses der Zwangsvollstreckung muß jedoch wegen der inhaltlichen Zusammengehörigkeit zusammen mit den übrigen beschränkenden Vereinbarungen behandelt werden. Im Schrifttum geschieht dies auch zumeist. Vgl. Förster-Kann, 11 vor § 704 (S. 418); Roquette S. 160.

[2]) Z. B. die Vereinbarungen, daß es zur Vollstreckung nicht der Vollstreckungsklausel bedürfe (§ 724), daß es nicht der vorherigen Zustellung des Vollstreckungstitels bedürfe (§ 750), daß die Pfändungsbeschränkungen der §§ 810—812, 850 keine Anwendung finden sollen.

[3]) Daß derartige Verträge nichtig sind, ist, soweit ersichtlich, unstreitig; vgl. Stein-Jonas VI 6 vor § 704; Förster-Kann 11a vor § 704; Hellwig-Oertmann § 295, 4; Rosenberg § 188 II; Roquette S. 160; RGZ. 128, 81 (85).

Nur die vollstreckungsbeschränkenden Vereinbarungen sind somit gemeint, wenn im folgenden — der Kürze halber — einfach von Vollstreckungsverträgen die Rede ist[4]).

II. Aber auch bei den vollstreckungsbeschränkenden Verträgen muß noch eine Gruppe von Fällen herausgenommen werden, die im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht mitbehandelt werden soll. Es handelt sich um die Vereinbarungen über die Zwangsvollstreckung in den Fällen des sog. Scheinprozesses oder simulierten Prozesses[5]). Zwei Beispiele mögen veranschaulichen, welche Fälie hierher gehören:

1. G hat den Geschäftsgebrauch, Darlehen nur zu geben, nachdem sich der Geldsuchende durch Versäumnisurteil zur Zahlung der erbetenen Darlehnssumme hat verurteilen lassen. G erwirkt gegen S, der sich diesem Geschäftsgebrauch unterworfen hat, ein rechtskräftiges Urteil. G vollstreckt aus diesem Urteil, obwohl er das Darlehen an S nicht ausgezahlt hat.
2. S hat zahlreiche Gläubiger. Um sich gegen die bevorstehende Zwangsvollstreckung zu schützen, vereinbart er mit G, der keinerlei Forderungen gegen ihn hat, dieser solle gegen ihn eine größere Summe einklagen, und auf Grund des ergehenden Urteils sodann bestimmte Sachen pfänden, jedoch nicht versteigern lassen. G läßt der Abrede zuwider die Sachen versteigern.

Das Gemeinsame dieser und ähnlicher[6]) Fälle ist, daß hier die Parteien in gegenseitigem Einverständnis durch Täuschung des Gerichts ein unrichtiges Urteil herbeiführen. Das auf diese Weise ergangene Urteil unterscheidet sich nach herrschender Meinung in seiner Wirksamkeit in keiner Weise von einem gewöhnlichen Urteil, stellt also einen gültigen Vollstreckungstitel dar[7]). In derartigen Fällen wird nun von den Parteien fast stets zugleich — ausdrücklich (so in Beispiel 2) oder stillschweigend (so in Beispiel 1) — eine Vereinbarung über die Zwangsvollstreckung aus diesem unrichtigen Urteil getroffen derart, daß die Zwangsvollstreckung entweder überhaupt nicht (so in Beispiel 1, solange das Darlehen nicht ausgezahlt worden ist) oder nur in bestimmtem Umfang (so in Beispiel 2) zulässig sein soll[8]).

---

[4]) Im Schrifttum wird z. T. der Begriff Vollstreckungsvertrag nur in diesem Sinne gebraucht, so von Roquette.

[5]) Vgl. zu der Streitfrage, ob diese Begriffe gleichbedeutend sind, Sintenis, S. 358 ff., insbesondere 361, 362, 366, 367; Hamburger, S. 85, 86.

[6]) Weitere Beispiele bei Sintenis, S. 360—364.

[7]) Stein-Jonas, § 322, VIII, 2; Förster-Kann, § 322, 6 b; Sauer, S. 464; Sintenis, S. 358 ff., insbesondere 395.

[8]) Daß mit der Scheinprozeßabrede grundsätzlich, auch wenn nichts Besonderes vereinbart ist, eine vollstreckungsbeschränkende Abrede untrennbar verbunden ist, wird mit Recht von Sintenis (S. 400) hervorgehoben. Die stillschweigende Vereinbarung dürfte sogar den Regelfall bilden, weil es den Parteien zu-

Wenn die Erörterung der Rechtslage bei vereinbarungswidriger Vollstreckung in Fällen der eben geschilderten Art, in denen dem Vollstreckungstitel kein Anspruch zugrunde liegt, unterbleibt, so beruht dies darauf, daß sich diese Fälle von den übrigen vollstreckungsbeschränkenden Verträgen ganz grundsätzlich unterscheiden.

1. Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Schuldner über die Ausnutzung von Vollstreckungstiteln, die einen tatsächlich bestehenden Anspruch zum Gegenstand haben, entsprechen, wie in dieser Arbeit an späterer Stelle (vgl. § 3) nachgewiesen werden wird, einem wirtschaftlichen Bedürfnis. Ganz anders ist es bei den Fällen der oben geschilderten Art. Hier handelt es sich um pathologische Fälle. Ein wirtschaftliches Bedürfnis für Vollstreckungsvereinbarungen dieser Art besteht nicht[9]). Das gilt besonders von dem oben (S. 2) gebildeten Beispiel 2, wo es sich um unlautere Machenschaften zur Benachteiligung anderer Gläubiger handelt. Aber auch für die in Beispiel 1 (S. 2) getroffene Vereinbarung kann ein wirtschaftliches Bedürfnis nicht anerkannt werden. Denn die Sicherung, die G erstrebt, kann von ihm auch in anderer Weise erreicht werden, z. B. dadurch, daß er von S die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in der Darlehensurkunde verlangt. Ähnlich liegt es in allen anderen Fällen des Scheinprozesses[10]). Der Staat stellt den Prozeß zur Gewährung von Rechtsschutz zur Verfügung, nicht als Mittel zur Erreichung mutwilliger oder gar unlauterer Zwecke[11]).

2. Die Vereinbarungen über die Zwangsvollstreckung aus einem materiell unrichtigen und nur zum Schein erwirkten Urteil unterscheiden sich aber von den Vollstreckungsverträgen, die über ein materiell richtiges Urteil geschlossen sind, nicht nur durch den verschiedenen wirtschaftlichen Hintergrund, sondern vor allem auch in der rechtlichen Behandlung. Während es sich bei den letztgenannten Fällen um ein rein vollstreckungsrechtliches Problem handelt, führt die Erörterung der Fälle der Vollstreckung aus einem „Scheinurteil" notwendig auf eins der umstrittensten Probleme der Rechtskraftlehre. Der Vollstreckungsschuldner, der sich gegen die Vollstreckung aus einem derartigen Urteil wehren will, kann dies in der Regel nämlich nur in der Weise tun, daß er dartut, das Urteil sei materiell unrichtig und nur zum Schein

---

nächst nur auf die Erwirkung des Urteils ankommt. Meist wird nur darüber eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen. Die Beschränkung der Vollstreckung ergibt sich dann daraus für die Parteien als selbstverständliche Folge.

[9]) Anders in früheren Rechten, wo es Fälle gab, in denen der Scheinprozeß einem Verkehrsbedürfnis entsprach und zur Fortbildung des Rechts beitrug, vgl. Sintenis, S. 366.

[10]) Vgl. Hamburger, S. 86, 92; Sintenis, S. 369.

[11]) Vgl. Hamburger, S. 86.

erwirkt[12]). Hierbei erhebt sich nun die Frage, ob diesem Vorbringen die Rechtskraft des Urteils entgegensteht. Auf dieses Problem, das nur im Zusammenhang mit dem umfassenden Problem der sog. „Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten“[13]) erörtert werden kann, einem Problem, dessen Erörterung in Schrifttum und Rechtsprechung einen außerordentlich breiten Raum einnimmt[14]), näher einzugehen, würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten.

3. Ein weiterer Grund für die Beschränkung der vorliegenden Arbeit auf diejenige Gruppe der Vollstreckungsvereinbarungen, die in Bezug auf ein materiell richtiges Urteil getroffen sind, ist endlich die Tatsache, daß diese Vereinbarungen, die man nach dem bisher Ausgeführten im Gegensatz zu jenen pathologischen Fällen als die eigentlichen Vollstreckungsverträge bezeichnen kann, im Schrifttum bisher verhältnismäßig wenig Beachtung gefunden haben. Im Gegensatz zu jenen außerordentlich häufig behandelten pathologischen Fällen[15]) sind die eigentlichen Vollstreckungsverträge und die mit ihnen zusammenhängenden vollstreckungsrechtlichen Fragen, von wenigen Ausnahmen abgesehen, meist nur im Zusammenhang mit anderen Problemen kurz erörtert oder gar nur gestreift worden. Kohler widmet ihnen in seiner klassischen Abhandlung „Über prozeßrechtliche Verträge und Kreationen“ einen

---

[12]) Eine Ausnahme bilden lediglich die Fälle, in denen die Abrede über die Vollstreckung völlig selbständigen Charakter trägt. Das ist in der Regel jedoch nicht der Fall, namentlich nicht in den (den Regelfall bildenden, vgl. Anm. 8) Fällen, in denen eine ausdrückliche Vereinbarung über die Vollstreckung nicht getroffen ist, die Vollstreckungsbeschränkung sich vielmehr nur aus den Umständen, insbesondere aus der Tatsache ergibt, daß eine Forderung nicht besteht.

In den Ausnahmefällen allerdings, in denen die Vollstreckungsabrede völlig selbständigen Charakter trägt und unabhängig von der Tatsache, daß das Urteil materiell nicht der wahren Rechtslage entspricht und nur zum Schein erwirkt ist, vorgebracht werden kann, würde die Rechtslage bei abredewidriger Vollstreckung dieselbe sein wie in den Fällen der abredewidrigen Vollstreckung aus einem materiell richtigen Urteil. Auch für diese Fälle müßte dann das in den §§ 5, 11 dieser Arbeit über die Zulässigkeit eines Vollstreckungsvertrages und die Rechtsstellung des Schuldners bei Zuwiderhandeln des Gläubigers gegen diesen Vertrag Ausgeführte Geltung beanspruchen. Jedoch ist zu beachten, daß sehr häufig hier die ganze Vereinbarung der Parteien über die Erwirkung des Urteils einschließlich der über die Vollstreckung getroffenen Abrede wegen Verstoßes gegen §§ 134, 138 BGB nichtig sein wird (so in Beispiel 2, S. 2).

[13]) Unter diesem heute allgemein üblichen Schlagwort ist das Problem zum erstenmal von Dernburg, DJZ. 1905, S. 465 ff., behandelt. Kurz danach verwendet auch eine Reichsgerichtsentscheidung den Ausdruck (RGZ. 61. 359 ff., letzter Satz).

[14]) Vgl. hierzu insbes. Hamburger, „Die Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten“, 1909; eine ausführliche Übersicht über Schrifttum und Rechtsprechung (bis zum Jahre 1915) findet sich bei Wurzer, JheringsJ. 65, 225 ff. Vgl. ferner die Zusammenstellungen von Schrifttum und Rechtsprechung bei Stein-Jonas, § 322 N. 175—194, insbes. N. 177; Seuffert-Walsmann, § 322, Anm. 6 a. E.

[15]) Vor allem im Zusammenhang mit der Frage der Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten, vgl. das zu Anm. 13, 14 Gesagte.

besonderen Abschnitt[16]). Ferner beschäftigt sich Dittrich in seiner Arbeit über „Die sog. Exklusivverträge über prozessuale Rechtsverhältnisse“ mit ihnen[17]). Die einzige zusammenfassende Darstellung, die lediglich die Vollstreckungsverträge zum Gegenstand hat, stellt bisher der Aufsatz „Vollstreckungsverträge“ von Roquette dar[18]). Eine ausführlichere zusammenfassende Darstellung fehlt völlig. Nachdem in jüngster Zeit wieder zwei Entscheidungen[19]) gezeigt haben, wie wenig die mit den eigentlichen Vollstreckungsverträgen zusammenhängenden vollstreckungsrechtlichen Fragen bisher eine Klärung gefunden haben, erscheint eine eingehendere Untersuchung dieser Fragen angebracht.

[16]) Gruch. 31, 309 ff. (= Ges. Beitr. 163 ff.).
[17]) Heidelberger Diss. 1908.
[18]) ZZP. 49, 160 ff.
[19]) LG. Bielefeld, JW. 1933, 1904; LG. Dresden, JW. 1933, 2849, Nr. 4.

I. Teil:
Allgemeines über Vollstreckungsverträge.

§ 2.

Arten der Vollstreckungsverträge.

Bevor die Frage aufgeworfen werden kann, ob und in welchem Umfang überhaupt Verträge, durch die der Gläubiger in der Art der Ausnutzung seines Vollstreckungstitels beschränkt wird, rechtlich zulässig sind, ist ein Überblick über die verschiedenen Arten derartiger Verträge und ihren wirtschaftlichen Hintergrund erforderlich.

I. Die beschränkenden Vollstreckungsverträge[1]) können, da die Beschränkung des Gläubigers bei der Zwangsvollstreckung in der vielgestaltigsten Weise erfolgen kann, den verschiedensten Inhalt haben. Geht man bei einer Einteilung der sämtlichen denkbaren Fälle vom Vertragsinhalt aus, so lassen sich drei Hauptgruppen feststellen. Man kann unterscheiden zwischen zeitlich beschränkenden, umfänglich beschränkenden und gegenständlich beschränkenden Vollstreckungsverträgen[2]).

1. Die zeitlich beschränkenden Vollstreckungsverträge enthalten stets die Vereinbarung, daß der Gläubiger aus einem Vollstreckungstitel überhaupt nicht vollstrecken dürfe. Der Ausdruck „zeitlich" beschränkende Vollstreckungsverträge ist allerdings insofern nicht ganz genau, als die Abrede bei diesen Verträgen nicht nur dahin lauten kann, daß die Vollstreckung zeitweilig — und zwar entweder bis zum Ablauf einer Frist oder bis zum Eintritt einer Bedingung — ausgeschlossen sein soll, sondern auch dahin, daß sie für immer ausgeschlossen sein soll[3]). Diese Ungenauigkeit kann in Kauf genommen werden, da es sich in der Regel um zeit-

---

[1]) Im folgenden nunmehr kurz als „Vollstreckungsverträge" bezeichnet, s. bereits oben S. 2.

[2]) Im Schrifttum findet sich lediglich bei Roquette, S. 162, eine Einteilung der Vollstreckungsverträge. Die obige Einteilung weicht von der Roquetteschen insofern ab, als Roquette den oben genannten drei Hauptgruppen noch eine vierte, die örtlich beschränkenden Verträge hinzufügt. Die Fälle der örtlichen Beschränkung der Zwangsvollstreckung sind aber nichts anderes als eine Untergruppe der gegenständlich beschränkenden Verträge, s. unten S. 10.

[3]) Darüber, daß hier genau genommen von einer Beschränkung der Zwangsvollstreckung nicht die Rede sein kann, vgl. oben § 1 Anm. 1.

liche Beschränkungen handelt und den letztgenannten Fällen keine allzugroße praktische Bedeutung zukommt. Das entscheidende Merkmal der zeitlich beschränkenden Vollstreckungsverträge ist auch gar nicht die zeitliche Beschränkung, sondern die Tatsache, daß es sich bei ihnen um einen Ausschluß der gesamten Vollstreckung handelt. Nur dadurch unterscheiden sich diese Verträge von den übrigen Arten von Vollstreckungsverträgen [4]).

Folgende typische Fälle zeitlich beschränkter Vollstreckung lassen sich bilden:

G und S vereinbaren:

1. G dürfe von dem Vollstreckungstitel überhaupt keinen Gebrauch machen [5]),
2. G dürfe von dem Vollstreckungstitel erst nach Ablauf von zwei Jahren Gebrauch machen [6]),
3. G dürfe von dem Vollstreckungstitel nur dann Gebrauch machen, wenn S mit den ihm von G bewilligten Ratenzahlungen in Rückstand gerate [7]).

2. Umfänglich beschränkt ist die Zwangsvollstreckung, wenn der Gläubiger nicht von sämtlichen Vollstreckungsmöglichkeiten, die ihm das Gesetz an sich zur Verfügung stellt, Gebrauch machen darf. Er ist hier zwar berechtigt, auf Grund seines Vollstreckungstitels sofort gegen den Schuldner vorzugehen, aber er muß sich auf bestimmte Vollstreckungsarten beschränken oder darf die Vollstreckung nur bis zu einem gewissen Punkte durchführen. Beispiele:

G und S vereinbaren:

4. G solle auf Grund des Vollstreckungstitels die beweglichen Sachen des S nur pfänden, dürfe die gepfändeten Sachen jedoch nicht versteigern lassen [8]),
5. G solle nur eine Sicherungshypothek auf dem Grundstück des S eintragen lassen, dürfe jedoch keine anderen Vollstreckungshandlungen vornehmen [9]),
6. G dürfe die Vollstreckung nur in das bewegliche oder nur in das unbewegliche Vermögen des S betreiben [10]),
7. G dürfe S niemals zum Offenbarungseid laden [11]),

---

[4]) Bei denen auch zeitliche Beschränkungen denkbar sind, vgl. unten S. 8, Anm. 12.

[5]) RG. JW. 1901, S. 122; 1910, 709; BayZ. 3. 46.

[6]) Vgl. RG. Seuff. Arch. 44, 375; OLG. Hamburg, Rspr. 31, 144; Seuff. Arch. 47 Nr. 74.

[7]) Vgl. RG. Recht 1911 Nr. 3346; OLG. Karlsruhe, Rspr. 13, 188; OLG. Dresden, Sächs. Arch. 2. 171; OLG. Stuttgart, WürttJ. 29. 128 (teilw. abgedr. auch in Rspr. 39. 72); LG. I Berlin KGBl. 1911, 60.

[8]) Vgl. LG. Bielefeld, JW. 1933, 1904.

[9]) Vgl. OLG. München, Rspr. 31, S. 92 (= Seuff.Arch. 70, 251).

[10]) Vgl. KG. Rspr. 14, 94.

[11]) Vgl. OLG. Dresden, Rspr. 13, 198; LG. Dresden JW. 1933, 2849.

8. G dürfe innerhalb einer Frist von drei Jahren den S nicht zum Offenbarungseid laden[12]),
9. G dürfe im Offenbarungseidsverfahren keinen Haftbefehl beantragen,
10. S brauche im Offenbarungseidsverfahren nur einen bestimmten Teil seines Vermögens zu offenbaren,
11. S solle ohne Eidesleistung sein Vermögen offenbaren dürfen,
12. die Leistung des Offenbarungseides durch S dürfe nicht im Schuldnerverzeichnis vermerkt werden,
13. G dürfe keinen Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens stellen[13]).

3. Um gegenständlich beschränkte Zwangsvollstreckung handelt es sich dann, wenn der Gläubiger verspricht, die Vollstreckung nicht in das ganze seinem Zugriff unterliegende Schuldnervermögen, sondern nur in bestimmte Teile desselben zu betreiben. Diese Art von Vollstreckungsvertrag ist nicht zu verwechseln mit der Vereinbarung gegenständlich beschränkter Haftung. Beide Vereinbarungen werden meist überhaupt nicht (bezw. nicht scharf genug) unterschieden, sind jedoch — das ist nachdrücklichst zu betonen — streng auseinander zu halten. Der Unterschied liegt in folgendem:

Während der Schuldner für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten dem Gläubiger grundsätzlich mit seinem ganzen Vermögen haftet, gibt es Ausnahmefälle, in denen nicht das ganze Vermögen, sondern nur Teile desselben dem Zugriff des Gläubigers unterworfen sind. Das Gesetz selbst hat eine ganze Reihe solcher Ausnahmefälle geschaffen, so z. B. in den §§ 1480, 1504, 1975, 1990 BGB. Nach herrschender Ansicht[14]) kann nun für eine Schuld eine derartige gegenständlich beschränkte Haftung auch vertragsmäßig vereinbart werden. Durch die auf Gesetz oder Vereinbarung beruhende gegenständliche Haftungsbeschränkung wird nun aber — und das ist das Entscheidende für die Abgrenzung von den gegenständlich beschränkenden Vollstreckungsverträgen — der Inhalt der Schuldverbindlichkeit beschränkt[15]). Denn dem Schuldner steht infolge der Haftungsbeschränkung gegen den An-

[12]) Vgl. KG., Rspr. 33, 129. Dieser Fall gehört, obwohl es sich um eine zeitliche Beschränkung handelt, nicht zur Gruppe der zeitlich beschränkenden V.verträge. Denn es handelt sich nicht um den Ausschluß der gesamten Vollstreckung, sondern nur um den zeitlichen Ausschluß einer bestimmten Vollstreckungsart, vgl. oben S. 7, insbes. Anm. 4.

[13]) Vgl. OLG. Darmstadt, Rspr. 19, 226 (= Seuff.Arch. 63 Nr. 125); OLG. Colmar, LZ. 1910, 572, LZ. 1912, 410.

[14]) Planck-Siber, III C 4 b vor § 241; Siber, JheringsJ. 50, 129; Staudinger-Werner, I 7 vor § 241; Oertmann, 6 vor § 241; Geib, S. 172; W. Hein, Duldung, S. 142 ff.; a. A.: Hölder, Natürliche und Juristische Personen, S. 285; DJZ. 1910, 1264.

[15]) Vgl. Planck-Siber, Oertmann, Staudinger-Werner, Geib, W. Hein, a. a. O.; Kuttner, Nebenwirkungen, S. 122; Hellwig-Oertmann, S. 225.

spruch insofern eine Einrede zu, als er die Erfüllung aus seinem übrigen Vermögen verweigern und den Gläubiger auf den bestimmten haftenden Gegenstand oder haftenden Teil seines Vermögens verweisen darf. Da es sich um eine materiellrechtliche gegen den Anspruch gerichtete Einrede handelt, muß sie, falls die Vereinbarung vor der letzten mündlichen Verhandlung getroffen ist, im Prozeß [16]), andernfalls im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden.

Von dieser Vereinbarung unterscheidet sich der gegenständlich beschränkende Vollstreckungsvertrag dadurch, daß es sich bei ihm, wie bereits der Name zum Ausdruck bringt, um eine Vereinbarung handelt, die sich lediglich auf die Vollstreckung bezieht. Durch das Versprechen des Gläubigers, die Zwangsvollstreckung nicht in bestimmte oder nur in bestimmte Teile des Schuldnervermögens zu betreiben, wird der Inhalt des Schuldverhältnisses in keiner Weise berührt. Das ganze Vermögen bleibt trotz dieses Vertrages — anders als bei der gegenständlich beschränkten Haftung — nach wie vor der Vollstreckung unterworfen [17]). Wohl aber ist der Gläubiger, wie im folgenden gezeigt werden wird, schuldrechtlich verpflichtet, den staatlichen Vollstreckungsakt nur mit der entsprechenden Beschränkung herbeizuführen.

Trotz gleichen wirtschaftlichen Erfolgs besteht somit rechtlich ein ganz erheblicher Unterschied zwischen beiden Vereinbarungen. Zuzugeben ist allerdings, daß infolge der gleichen wirtschaftlichen Zwecke im Einzelfall die Feststellung oft sehr schwierig sein kann, ob die Parteien gegenständlich beschränkte Haftung vereinbart oder einen gegenständlich beschränkenden Vollstreckungsvertrag geschlossen haben (vgl. hierzu unten § 7). Diese Auslegungsschwierigkeiten dürfen jedoch niemals dazu führen, beide Verträge durcheinander zu werfen. Im Schrifttum findet sich eine völlig klare Unterscheidung lediglich bei Hein [18]) und Oertmann [19]). Das übrige Schrifttum — ebenso wie auch die Rechtsprechung [20]) — unterscheidet entweder nicht klar zwischen beiden Verträgen [21]) oder erkennt überhaupt nur eine einzige Art von Vereinbarungen in dieser Richtung an [22]). Auch Roquette ist der Unterschied entgangen, wenn er behauptet [23]), daß durch die Vereinbarung

[16]) Wie die Haftungsbeschränkung im Urteil zu berücksichtigen ist, ist streitig. Namentlich ist streitig, ob ein bloßer Vorbehalt im Urteil genügt; vgl. z. B. Stein-Jonas, § 767 N. 45; W. Hein, S. 144.

[17]) W. Hein, S. 144 Anm. 1; vgl. auch Oertmann, 6 vor § 241.

[18]) S. 144.

[19]) 6 vor § 241.

[20]) Vgl. OLG. Hamm, Rspr. 20, 339; OLG. München, Rspr. 31, 92.

[21]) Von einer Verschiedenheit der beiden Vereinbarungen gehen, wenn auch nicht sehr klar, anscheinend auch aus: Stein-Jonas, § 767 II 1, insbes. N. 45; Siber, JheringsJ. 50, 129; Hellwig-Oertmann, S. 225, 226.

[22]) Vgl. z. B. Reichel, S. 205 ff.; Rosenberg, §§ 186 III 3, 188 II; Förster-Kann, 11b vor § 704 u. a.

[23]) S. 166.

gegenständlich beschränkter Vollstreckung der Zustand gegenständlich beschränkter Haftung geschaffen werde.

Der Kreis der Gegenstände, auf die der Gläubiger die Vollstreckung zu beschränken verspricht, kann entweder positiv (vgl. unten Beispiele 14, 16, 17) oder negativ (vgl. unten Beispiele 15, 18), durch Aufzählung der haftenden (bezw. nicht haftenden) Gegenstände (Beispiele 14—17) oder durch Verwendung gesetzlicher Begriffe (z. B. durch Erweiterung des gesetzlichen Notbedarfs, vgl. Beispiel 18) umschrieben werden. Auch der Fall der örtlichen Beschränkung (Beispiel 16) der Zwangsvollstreckung gehört in diesen Zusammenhang [24]). Beispiele:

G und S vereinbaren:

14. G dürfe nur in bestimmte Warenvorräte des S vollstrecken [25]),
15. G dürfe nicht die Möbel des S pfänden lassen [26]),
16. G dürfe nur in das im Orte A, nicht in das im Orte B befindliche Vermögen des S vollstrecken [27]),
17. G dürfe nur in einen dem S dereinst zufallenden Nachlaßanteil vollstrecken [28]),
18. Die Pfändungsbeschränkung des § 811 Ziff. 2 solle zugunsten des S mit der Maßgabe gelten, daß die für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde auf die Zeit von acht erforderlichen Nahrungsmittel usw. unpfändbar sein sollen.

Ferner gehört in diesen Zusammenhang der bereits oben erwähnte Fall der Vereinbarung, die Vollstreckung dürfe entweder nur in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen erfolgen (Beispiel 6). Diese Vereinbarung gehört sowohl den umfänglich beschränkenden als auch den gegenständlich beschränkenden Vollstreckungsverträgen an. Zu den ersteren gehört sie insofern, als eine ganze Vollstreckungsart (die Mobiliar- bezw. Immobiliarvollstreckung) ausgeschlossen wird, zu den letzteren insofern, als zugleich auch ein bestimmter Teil des Schuldnervermögens der Vollstreckung entzogen werden soll [29]).

II. Neben der Einteilung der Vollstreckungsverträge ihrem Inhalt nach ist noch eine andere Unterscheidung von Bedeutung. Betrachtet man den Zeitpunkt des Abschlusses des Vollstreckungsvertrages, so ist zu unterscheiden, ob die Vereinbarung über die Vollstreckung von den Parteien vor Erlaß des Urteils (genauer: vor dem in § 767 II genannten Zeitpunkt) oder nach Erlaß des Urteils getroffen wird. Beide Arten von Vollstreckungsverträgen

[24]) a. A.: Roquette, vgl. oben Anm. 2 dieses Paragraphen.
[25]) Vgl. BayOLG., Rspr. 28, 52 (Anm.).
[26]) Vgl. OLG. Hamm, Rspr. 20, 339.
[27]) Vgl. OLG. Stuttgart, Seuff.Arch. 43, 474.
[28]) Vgl. Sächs.OLG., 1913, 149.
[29]) Vgl. Reichel, S. 220.

kommen in der Praxis vor und haben ihre wirtschaftliche Berechtigung. Ob der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses für die Frage der Rechtsstellung des Schuldners bei vereinbarungswidriger Vollstreckung von Bedeutung ist, wird im Laufe der Arbeit noch zu erörtern sein [30]).

§ 3.

Wirtschaftlicher Hintergrund von Vollstreckungsverträgen.

Ebenso vielgestaltig wie die einzelnen Arten ist auch der wirtschaftliche Hintergrund von Vollstreckungsverträgen. Was veranlaßt die Parteien, eine Vereinbarung über die Zwangsvollstreckung zu treffen? Verfolgen sie wirtschaftlich und damit auch vom Standpunkt der Rechtsordnung aus billigenswerte Zwecke mit derartigen Verträgen? Die Untersuchung über die Zulässigkeit der Vollstreckungsverträge kann nicht früher einsetzen, als bis über diese Fragen Klarheit gewonnen ist.

Ein Ziel — das ist zunächst festzustellen — ist allen Vollstreckungsverträgen gemeinsam. Jede Vereinbarung über eine Beschränkung der Zwangsvollstreckung will den Vollstreckungsschuldner in irgendeiner Weise besserstellen, als er nach der gesetzlichen Regelung der Zwangsvollstreckung stände. In der Erkenntnis des wirtschaftlichen Hintergrundes der Vollstreckungsverträge ist damit aber noch nicht viel gewonnen. Denn diese rein äußerliche Feststellung besagt nichts über die eigentlichen wirtschaftlichen Gründe, die — vom Standpunkt des Gläubigers sowohl als auch des Schuldners — zu einer Vereinbarung über die Vollstreckung führen. Diese Gründe können verschiedenster Art sein.

Sehr häufig steht dem Gläubiger ein wirtschaftlich schwacher Schuldner gegenüber. Sofern es sich nicht gerade um einen böswilligen Schuldner handelt, der überhaupt nicht zahlen *will*, wird es dann meist im Interesse beider Parteien liegen, eine gütliche Einigung über die Art der Befriedigung des Gläubigers herbeizuführen. Der Gläubiger wird, namentlich wenn es sich um einen Schuldner handelt, der nur vorübergehend in Schwierigkeiten ist, u. U. schneller zu seinem Gelde kommen, wenn er dem Schuldner Entgegenkommen zeigt und ihm die Schuld für eine gewisse Zeit stundet oder ihm gestattet, die Schuldsumme in Teilbeträgen zu tilgen. Häufig kommt es nun zu einer derartigen gütlichen Vereinbarung erst, wenn ein Prozeß bereits im Gange ist oder gar das Urteil bereits rechtskräftig geworden ist. Der Fall kann so liegen, daß der Schuldner sich im Recht glaubt, wenn er die Forderung des Gläubigers bestreitet, und es in Ruhe auf einen Prozeß ankommen läßt. Eine gütliche Einigung ist dann in der Regel erst möglich, wenn der Schuldner endgültig eingesehen hat, daß er im Unrecht ist, also erst, wenn das ihn verurteilende Urteil ergangen

[30]) Vgl. unten § 11.

ist. In solchen Fällen entspricht der Abschluß eines Vollstreckungsvertrags oft einem wirtschaftlichen Bedürfnis. Der Gläubiger läßt sich nun, nachdem er in den Besitz eines Vollstreckungstitels gelangt ist, möglicherweise zu der Zusicherung bewegen, er werde von dem Vollstreckungstitel vorläufig keinen Gebrauch machen (unter Vereinbarung einer Frist oder einer Bedingung, vgl. oben Beispiele 2, 3) oder er werde von dem Vollstreckungstitel nur in bestimmtem Umfange Gebrauch machen (Beispiele 4—13) oder er werde die Vollstreckung nur in bestimmte Teile des Schuldnervermögens betreiben (Beispiele 14—18). Der Schuldner wird durch ein solches Entgegenkommen möglicherweise vor dem wirtschaftlichen Zusammenbruch bewahrt. Man denke z. B. an einen Kaufmann, dem der Gläubiger verspricht, die zur Weiterführung des Geschäfts unbedingt erforderlichen Warenvorräte nicht zu pfänden.

Die Leistung des Offenbarungseides mit der sich anschließenden Eintragung in das Schuldnerverzeichnis (§ 915) führt infolge der damit verbundenen Kreditgefährdung in der Regel zum wirtschaftlichen Zusammenbruch eines kaufmännischen Unternehmens. Das Versprechen des Gläubigers, von diesem letzten Mittel der Zwangsvollstreckung keinen Gebrauch zu machen, kann diesen Zusammenbruch verhindern.

Der Abschluß eines Vollstreckungsvertrages dient aber in solchen Fällen nicht nur dem Interesse des Schuldners, sondern auch dem des Gläubigers. Der Gläubiger, der mit rücksichtsloser Härte unter Anwendung sämtlicher zulässiger Vollstreckungsmöglichkeiten gegen den Schuldner vorgeht, wird häufig überhaupt nicht oder jedenfalls nur schwerer zu seinem Gelde kommen als der Gläubiger, der seinem Schuldner Entgegenkommen zeigt[1]). Der Schuldner wird, nachdem der Gläubiger ihm entgegengekommen ist, oft nun auch seinerseits Entgegenkommen zeigen und bemüht sein, alles zur Befriedigung des Gläubigers zu tun, was in seinen Kräften steht. Dies besonders dann, wenn das Entgegenkommen nur bedingungsweise gezeigt ist, z. B., wenn von der Ladung zum Offenbarungseide nur unter der Bedingung Abstand genommen ist, daß der Schuldner bestimmte Zahlungsfristen künftig innehält, so daß das Damoklesschwert der Ladung zum Offenbarungseid bis zur völligen Befriedigung des Gläubigers ständig über dem Haupt des Schuldners schwebt. Die mit dem Abschluß einer Vereinbarung über die Vollstreckung geschaffene Aussicht, die Existenz zu erhalten, wird den Schuldner aber häufig veranlassen, alle seine Kräfte zur Befriedigung des Gläubigers anzustrengen.

Auch schon vor Erlaß des Urteils kann Anlaß zum Abschluß eines Vollstreckungsvertrages gegeben sein. Häufig tritt der wirtschaftlich schwache Schuldner erst dann mit der Bitte um Entgegenkommen an den Gläubiger heran, wenn dieser bereits Klage er-

[1]) In diesem Sinne auch Entwurf 1931, S. 405, 412.

hoben hat. In solchen Fällen wird der Gläubiger, auch wenn er dem Wunsche des Schuldners entsprechen will, meist nicht bereit sein, die Klage zurückzunehmen. Er wird vielmehr nun, nachdem der Prozeß einmal im Gange ist, um sich möglichst zu sichern, darauf bestehen, einen Vollstreckungstitel in die Hände zu bekommen, und wird sich lediglich dazu bereit finden, dem Schuldner zuzusichern, er werde von dem erlangten Urteil nicht oder nur beschränkt Gebrauch machen. Auch hier kann der Abschluß eines Vollstreckungsvertrages im wirtschaftlichen Interesse beider Parteien liegen. Die bei den nach Erlaß des Urteils geschlossenen Vollstreckungsverträgen angestellten Erwägungen treffen auch hier zu. Zugleich kann in derartigen Fällen der Abschluß eines Vollstreckungsvertrages auch der Prozeßabkürzung dienen. Denn es ist nicht ausgeschlossen, daß der Schuldner nur auf Grund der Zusicherung des Gläubigers vom Vorbringen unbegründeter Einwendungen, die nur der Prozeßverschleppung dienen sollten, Abstand nimmt. Denkbar ist übrigens auch, daß der Schuldner, um den Gläubiger zum Abschluß des Vollstreckungsvertrages zu bewegen, verspricht, bestimmte, bereits erhobene unbegründete Einwendungen wieder fallen zu lassen und sich nach Klagantrag verurteilen zu lassen, und daß dieses Versprechen mit Inhalt des Vollstreckungsvertrages wird.

Es braucht sich aber beim Abschluß eines Vollstreckungsvertrages durchaus nicht immer um einen wirtschaftlich schwachen Schuldner zu handeln. Das gilt namentlich für die gegenständlich beschränkenden Vollstreckungsverträge. Hierfür können u. U. auch ganz andere Gründe als wirtschaftliche Notlage mitbestimmend sein [2]). Zweck kann hier einmal die Begrenzung des Risikos des Schuldners sein. Grundsätzlich bringt die Eingehung einer jeden Verbindlichkeit für den Schuldner das Risiko mit sich, daß der Gläubiger im Falle der Nichterfüllung seine Befriedigung aus dem gesamten Schuldnervermögen suchen kann. Dieses Risiko kann nun durch Parteiabrede begrenzt werden. Mittel dazu ist neben der Vereinbarung gegenständlich beschränkter Haftung der Abschluß eines gegenständlich beschränkenden Vollstreckungsvertrages [3]). Das Risiko der Unzulänglichkeit der Vollstreckungsobjekte geht auf diese Weise auf den Gläubiger über [4]). Mitunter wird es gerade ein wirtschaftlich starker Schuldner sein, demgegenüber sich der Gläubiger — notgedrungen (weil sonst nämlich überhaupt kein Vertrag mit ihm zustande käme) — zu einem derartigen Zugeständnis bereit findet.

Die Vereinbarung gegenständlich beschränkter Vollstreckung kann ferner dazu dienen, die Vollstreckung von Gegenständen be-

[2]) Vgl. Reichel, S. 217, 218.
[3]) Über den Unterschied vgl. oben § 2, S. 8 ff.
[4]) Reichel, S. 217.

sonderer persönlicher Wertschätzung abzuwenden. Zwar hat bereits das Gesetz bestimmte Gegenstände, die es als für den Schuldner besonders wichtig ansieht, für unpfändbar erklärt (§ 811). Der Kreis, der in der schematischen gesetzlichen Aufzählung enthaltenen Gegenstände deckt sich aber im Einzelfall durchaus nicht immer mit dem Kreis der Gegenstände, die dem Schuldner besonders teuer sind. So kann es vorkommen, daß sich jemand lieber von sämtlichen in § 811 aufgezählten Gegenständen trennt als von seiner wertvollen Münzsammlung oder von seinem treuen Hunde [5]). Die Zwangsvollstreckung von derartigen Gegenständen persönlicher Wertschätzung abzuwenden, gehört mit zu den Aufgaben der Vollstreckungsverträge.

Die gegenständlich beschränkte Vollstreckung kann endlich auch dem Zwecke dienen, für wirtschaftlich selbständige, rechtlich jedoch unselbständige Vermögensmassen eine gesonderte Haftung herbeizuführen [6]). Für die Herbeiführung einer derart gesonderten Haftung kann ein Bedürfnis bestehen, wie z. B. der Fall des nichtrechtsfähigen Vereins zeigt. Denn grundsätzlich erfordert es eine gesunde Wirtschaftsauffassung, daß ein wirtschaftlich selbständiger Lebenskreis sowohl mit seinen Aktiven als auch mit seinen Passiven selbständig dasteht [7]). Ein allgemeiner Rechtssatz, der dieser Wirtschaftsauffassung Rechnung trüge, besteht jedoch nicht. So würde es z. B. diesem Wirtschaftsgrundsatz entsprechen, daß ein nichtrechtsfähiger Verein für seine Schulden nur mit dem Vereinsvermögen haftete. Dieses Ergebnis kann entgegen der gesetzlichen Regelung, nach der die Vereinsmitglieder als Gesamtschuldner mit ihrem eigenen Vermögen haften (§§ 54, 714, 427, 421 BGB), sowohl durch Vereinbarung gegenständlich beschränkter Haftung als auch durch Abschluß eines gegenständlich beschränkenden Vollstreckungsvertrages erreicht werden [8]).

Ein derartiger Vollstreckungsvertrag wird in der Regel gleich bei Begründung der Schuld geschlossen. Aber auch später, während des Prozesses oder nach Erlaß des Urteils, kann es noch zu einem derartigen Vertrage kommen.

Zum Abschluß eines umfänglich beschränkenden Vollstreckungsvertrages wird sich der Gläubiger dann bereit finden, wenn ihm eine bestimmte Vollstreckungsart zur Befriedigung völlig ausreicht. Hauptfall dieser Art ist, daß der Gläubiger sich mit der Eintragung einer Zwangshypothek (§ 866) begnügt und verspricht,

[5]) Weitere Beispiele bei Reichel, S. 217, 218; Dittrich, S. 21, 22.

[6]) Für solche Fälle wird in der Regel allerdings die Vereinbarung gegenständlich beschränkter Haftung in Betracht kommen.

[7]) Vgl. Reichel, S. 218.

[8]) Die Regel wird hier allerdings nicht ein Vollstreckungsvertrag, sondern die Vereinbarung gegenständlich beschränkter Haftung sein. Schrifttum und Rechtsprechung nehmen heute sogar überwiegend an, daß beim nichtrechtsfähigen Verein die Beschränkung der Haftung grundsätzlich als stillschweigend vereinbart gelten muß, vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 109, III 3 b.

keine anderen Vollstreckungshandlungen vorzunehmen (s. oben Beispiel 5)[9]). An sich verfolgt die Zwangseintragung nicht das Ziel der Befriedigung des Gläubigers. Der Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek stellt eine Stundung dar, mit der für den Fall der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung die Sicherheit des Vorrangs nach § 10 Nr. 4 ZVG verbunden ist[10]). Praktisch wird jedoch die Eintragung der Zwangshypothek — wenigstens auf einem nicht oder nur unwesentlich belasteten Grundstück — vom Gläubiger sehr häufig nicht als bloßes Sicherungsmittel, sondern als ausreichende Befriedigung empfunden. Die Zusicherung, von anderen Vollstreckungshandlungen absehen zu wollen, bedeutet dann für ihn kein allzu großes Zugeständnis. Dem Schuldner aber kann eine derartige Zusicherung sehr wertvoll sein, und zwar durchaus nicht nur dem wirtschaftlich schwachen Schuldner. Auch dem Schuldner, der vielleicht die erforderlichen Barmittel zur Befriedigung des Gläubigers besitzt, kann u. U. sehr viel daran gelegen sein, die bindende Zusicherung des Gläubigers zu erhalten, daß die Vollstreckung nur in das Grundstück des Schuldners stattfinden solle, um auf diese Weise seine Barmittel für andere ihm wichtigere wirtschaftliche Zwecke freizuhalten.

Der wirtschaftliche Hintergrund der Vollstreckungsverträge ist derart vielseitig, daß es nicht möglich ist, sämtliche denkbaren Gesichtspunkte, die für die Parteien beim Abschluß eines derartigen Vertrages maßgebend sein könnten, anzuführen[11]). Abschließend soll nur noch kurz gezeigt werden, daß u. U. auch ein Bedürfnis für den völligen Ausschluß der Zwangsvollstreckung bestehen kann. Es ist nämlich denkbar, daß den Parteien nur an der Entscheidung durch das staatliche Gericht, aber in keiner Weise an der Vollstreckung dieser Entscheidung liegt. Roquette[12]) bildet den Fall, daß zwischen zwei bedeutenden wirtschaftlichen Unternehmen sachliche Differenzen über Grund und Höhe eines Anspruchs bestehen und daß vereinbart wird, es solle geklagt werden, um eine gerichtliche Entscheidung über den Streit herbeizuführen, jedoch solle von dem Urteil kein Gebrauch gemacht werden, vielmehr nach Erlaß des Urteils je nach dem Ausfall der Entscheidung ein Vergleich geschlossen werden[13]). Daß ein Vollstreckungsvertrag dieser Art seine Berechtigung hat, kann kaum geleugnet werden. Denn es liegt im Sinn der Rechtsordnung, wenn

---

[9]) Vgl. auch Kohler, Ges. Beitr., S. 151, 165; Ungehorsam und Vollstreckung, S. 151.

[10]) Vgl. Stein-Jonas, § 866 I.

[11]) Wie verschiedenartig die im einzelnen Falle für die Parteien, namentlich für den Gläubiger maßgebenden Gesichtspunkte sein können, beleuchten sehr gut die von Roquette gebildeten Fälle (S. 163—166).

[12]) S. 164 Nr. 4.

[13]) Von einem Mißbrauch des vom Staate gewährten Rechtsschutzes (vgl. § 1 zu Anm. 11) kann hier nicht die Rede sein. Denn es handelt sich um die Entscheidung eines tatsächlich vorhandenen Rechtsstreits. Mißbrauch würde da-

die Parteien sich der Entscheidung des Gerichts freiwillig unterwerfen und es nicht erst zur zwangsweisen Durchsetzung der Entscheidung kommen lassen.

Man könnte einwenden, daß die Parteien in einem derartigen Falle, in dem es sich lediglich um die Streitentscheidung handelt und in dem die Leistungsbereitschaft des Schuldners im Falle der Feststellung des Anspruchs des Klägers außer Zweifel steht, durch eine Feststellungsklage, bei der ja eine Vollstreckungsmöglichkeit rechtlich überhaupt nicht geschaffen wird, dasselbe Ergebnis erzielen könnten wie durch den Ausschluß der Zwangsvollstreckung bei einem verurteilenden Urteil. Diesem Einwand ist aber folgendes entgegenzuhalten. Nach einhelliger Ansicht ist ein Feststellungsinteresse im Sinne von § 256 grundsätzlich dann nicht gegeben, wenn hinsichtlich des festzustellenden Anspruchs die Leistungsklage zulässig ist[14]). Allerdings soll hiervon der Fall, daß die Leistungsbereitschaft und Leistungsfähigkeit des Schuldners für den Fall der bloßen Feststellung außer Zweifel steht, eine Ausnahme bilden[15]). Restlose Verwirklichung hat jedoch dieser Gedanke in der Rechtsprechung nur in den Fällen gefunden, in denen es sich um den Fiskus oder eine sonstige öffentlich-rechtliche Körperschaft als Beklagten handelt. Hier bejaht das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung[16]) das Feststellungsinteresse trotz Möglichkeit der Leistungsklage mit der Begründung, daß für die Maßnahmen der staatlichen Behörden ein Urteil, das die Verpflichtung zur Zahlung feststelle, von der gleichen Bedeutung sei wie ein Urteil, das die Verurteilung zur Zahlung ausspreche[17]). Soweit es sich dagegen um andere Beklagte handelt, hat dieser Gedanke nur ausnahmsweise in besonders gearteten Fällen Anerkennung gefunden[18]). Das mag daran liegen, daß naturgemäß für das Gericht die Leistungsbereitschaft und Leistungsfähigkeit von Privatpersonen, die es zu einem Prozeß kommen lassen, nur ganz ausnahmsweise offensichtlich ist. Die Erhebung der Feststellungsklage in einem Falle wie dem oben (S. 15) geschilderten stellt daher stets ein Risiko für den Gläubiger dar, da dieser gewärtig sein muß, daß die Feststellungsklage mangels Feststellungsinteresses abgewiesen wird. Ein solches Risiko wird vermieden, wenn der Gläubiger Leistungsklage erhebt und mit dem Schuldner den Ausschluß der Zwangsvollstreckung vereinbart.

---

gegen vorliegen, wenn der Prozeß dazu benutzt würde, eine juristische Streitfrage unter Vorspiegelung eines tatsächlich bestehenden Rechtsstreits durch das Gericht entscheiden zu lassen (vgl. hierzu das von Hamburger, S. 67, gebildete Beispiel Nr. 1).

[14]) Vgl. statt aller: Stein-Jonas, § 256 III 5.

[15]) Vgl. namentlich Stein, Voraussetzungen des Rechtsschutzes, S. 127 (Festschrift S. 459).

[16]) RG. Seuff.Arch. 79 Nr. 82; RGZ. 106, 49; 119, 359; 129, 34.

[17]) RG. Seuff.Arch. 79 Nr. 82.

[18]) Vgl. etwa RG. Gruch. 33, 1147; Recht 15 Nr. 1167.

II. Teil.

Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen?

Die Untersuchung, ob und in welchem Umfange eine Vereinbarung, durch die der Gläubiger in der Ausnutzung des Vollstreckungstitels in irgendeiner Weise beschränkt wird, zulässig ist, hat davon auszugehen, welche rechtliche Bedeutung und Wirkung einer derartigen Vereinbarung zukommen soll. Die Einwirkung des Vollstreckungsvertrages auf die Vollstreckung ist in zweifacher Weise denkbar. Denkbar ist einmal, daß der Vollstreckungsvertrag eine unmittelbare prozessuale (vollstreckungsrechtliche) Wirkung entfaltet, so daß die entgegen der Vereinbarung betriebene Vollstreckung vollstreckungsrechtlich unzulässig wäre. Denkbar ist aber auch, daß der Vertrag den Gläubiger lediglich schuldrechtlich verpflichtet, eine abredewidrige Vollstreckung zu unterlassen, so daß die abredewidrig betriebene Vollstreckung vollstreckungsrechtlich gleichwohl zulässig wäre. Beide denkbaren Möglichkeiten der Wirkung des Vollstreckungsvertrages sind bei der Prüfung der Zulässigkeit solcher Verträge getrennt zu untersuchen.

Die Untersuchung erstreckt sich zunächst auf den Vollstreckungsvertrag im allgemeinen (§§ 4 u. 5). Im Anschluß daran werden Sonderfragen, die sich bei einzelnen Arten von Vollstreckungsverträgen, nämlich den Vollstreckungsverträgen in Bezug auf das Offenbarungseids- und Konkursverfahren ergeben, behandelt werden (§ 6).

§ 4.

Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen mit unmittelbarer prozessualer Wirkung?

Eine unmittelbare prozessuale Einwirkung des Vollstreckungsvertrags ist in verschiedener Weise denkbar.

I. Die stärkste Wirkung wäre die, daß der Gläubiger durch den Vollstreckungsvertrag auf die Geltungskraft des Urteils überhaupt verzichtete — sei es ganz oder nur teilweise, bedingt oder befristet.

Daß es in der Macht des Parteiwillens stehen sollte, die Geltungskraft eines Staatsaktes beliebig aus der Welt zu schaffen oder abzuschwächen, erscheint nach unserer heutigen Auffassung vom Prozeß als eine geradezu ungeheuerliche Vorstellung. Jedoch

ist diese Ansicht, die den im Urteil enthaltenen Staatsakt dem Parteiwillen unterordnet, vertreten worden[1]). Selbst die Rechtsprechung unseres höchsten Gerichtes hat eine Zeitlang dieser Auffassung zugeneigt. So führt das Reichsgericht in einer Entscheidung[2]) aus dem Jahre 1900 aus, nachdem es festgestellt hat, daß das Urteil grundsätzlich materielles Recht schaffe: „Diese materielle Rechtswirkung des rechtskräftigen Urteils findet indes ihre Schranken an der Vertragsmacht der Parteien. Wie diese durch eine nach dem rechtskräftigen Urteilsspruche getroffene Vereinbarung dessen Wirkungen ganz oder teilweise beseitigen und den durch ihn begründeten Rechtszustand beliebig ändern können, ebenso muß als möglich anerkannt werden, daß die Parteien durch einen vor Erlassung des Urteils geschlossenen Vertrag im voraus über dessen zwischen ihnen geltende Wirksamkeit Bestimmungen treffen, insbesondere auch in ihrem Verhältnis zueinander im voraus die materielle Rechtswirkung des Urteils beseitigen können." Noch stärker kommt diese Auffassung der Urteilswirkung als Gegenstand der Parteiverfügung in einer noch früheren Entscheidung[3]) zum Ausdruck, wo es sich um eine Scheinklage handelte. Hier behauptet das Reichsgericht sogar, daß ein im Scheinprozeß ergangenes Urteil überhaupt wirkungslos sei, so daß es nicht einmal eines Rechtsbehelfs bedürfe, um ein solches Urteil aus der Welt zu schaffen.

Mit Recht hat diese Rechtsprechung schärfste Ablehnung erfahren[4]). In beiden Entscheidungen handelt es sich um eine unzulässige Übertragung privatrechtlicher Vorstellungen auf das dem öffentlichen Recht angehörende Prozeßrecht[5]). Das Urteil ist als Staatsakt der Verfügungsmacht der Parteien völlig entzogen. Diese absolute Geltung wird durch die Staatsautorität zwingend gefordert. Darüber besteht heute kein Streit mehr[6]). Auch das Reichsgericht hat sich von jener Auffassung, die dem Wesen und der Bedeutung des staatlichen Urteils in keiner Weise gerecht wurde, längst frei-

[1]) Vgl. z. B. Förster-Eccius, I § 56 a. E.; noch der erste Entwurf des BGB hatte sich diese Auffassung zu eigen gemacht. Nach § 191 dieses Entwurfs sollte nämlich ein Verzicht darauf möglich sein, daß „das Zuerkannte nicht mehr bestritten, das Aberkannte nicht mehr geltend gemacht werden könne". Es ist im wesentlichen das Verdienst von Bülows scharfer Kritik (ArchZivPr. 83. 1ff.), wenn diese Bestimmung des Entwurfs wieder gestrichen worden ist, vgl. Planck, BGB 1, 1. Aufl. 1903, Vorbem. S. 39.

[2]) RGZ. 46. 335 (336); vgl. auch RG. JW. 1898, 209; DJZ. 1900, 301; OLG. Dresden, Rspr. 11. 107.

[3]) RGZ. 36. 249 (251).

[4]) Vgl. z. B. Hellwig, System S. 787; Anspruch u. Klagr. S. 211 Anm. 5a; Recht, 1910, 716; Nußbaum, S. 25; Falkmann, S. 395; Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, Anm. 2675; Hamburger, S. 75 ff.; Sintenis, S. 397 ff.; Weill, S. 21/22.

[5]) Vgl. hierzu auch Schwinge, Fehlerhafter Staatsakt, S. 22.

[6]) Vgl. außer dem in Anm. 4 angeführten Schrifttum: Bülow, Arch.Ziv.Pr. 83, 1 ff., insbes. 118 ff.; Hellwig, Rechtskraft, S. 11; System I, S. 782; Recht 1910, 729; Seuffert-Walsmann, § 322, 2; Förster-Kann, § 322, 6a; Baumbach, § 322, 2 E; Gmelin, S. 25; Mayer, Rechtskraft, S. 134.

gemacht. Es hat diese Ansicht überhaupt nie folgerichtig durchgeführt[7]). So ist z. B. mit der in der oben erwähnten Entscheidung RGZ 46. 334 vertretenen Ansicht unvereinbar eine — sogar einige Monate ältere — Entscheidung[8]) desselben (VII.) Zivilsenats. Diese Entscheidung wirft die Frage auf, „ob die rechtsgeschäftliche Willensmacht der Parteien gegenüber einem rechtskräftigen Urteile soweit reicht, daß sie dieses unmittelbar in seinem Bestande aufheben und dadurch dessen Vollstreckbarkeit mit endgültiger, jedes spätere Wiederaufleben derselben ausschließenden Wirkung beseitigen können, oder ob den Parteien ein Verfügungsrecht nur über die Rechtsfolgen, die das rechtskräftige Urteil für sie mit sich bringt, zusteht“ ... „Im ersteren Falle“, führt die Entscheidung weiter aus, „würde der rechtsschöpferische Parteiwille auf gleicher Stufe mit der aus der staatlichen Richtergewalt fließenden Befugnis der höheren Gerichte, Urteilssprüche der niederen Gerichte aufzuheben, stehen und demzufolge allerdings die spätere Rückgängigmachung des Aufhebungsaktes nicht imstande sein, das einmal erloschene Urteil nebst seiner Vollstreckbarkeit von neuem ins Leben zu rufen“. Das Reichsgericht lehnt diese Auffassung jedoch (ohne nähere Begründung) ab und beruft sich dabei auf ein Urteil des I. Zivilsenates[9]), wo ausgesprochen ist, daß bei gesetzwidriger Erteilung der Vollstreckungsklausel der vollstreckbare Schuldtitel nicht von selbst nichtig ist, auch nicht auf seine Nichtigkeitserklärung geklagt werden kann, die benachteiligte Partei vielmehr nur die in der Zivilprozeßordnung vorgesehenen Rechtsbehelfe geltend machen darf. Auch in anderen Urteilen aus der gleichen Zeit wie die oben angeführten Entscheidungen finden sich Wendungen, die der prozessualen Bedeutung des staatlichen Urteils völlig gerecht werden. So, wenn z. B. gesagt wird[10]), die Vorschriften über die Geltung eines ausländischen Urteils gehörten der öffentlichen Ordnung an, ihre Abänderung sei der Parteidisposition entzogen, oder wenn in einer anderen Entscheidung[11]) ausgesprochen wird, die nach der ZPO den richterlichen Urteilen beiwohnende Rechtskraft und deren Wirkungen beruhten auf dem öffentlichen Interesse. Namentlich aber zeigt die gesamte Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Frage der Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten, daß das Reichsgericht sich von jener oben erwähnten privatrechtlichen Auffassung vom Wesen des rechtskräftigen Urteils völlig freigemacht hat. Denn das Reichsgericht leugnet in den Fällen des auf sittenwidrige Weise erlangten Urteils niemals die Rechtskraft des Urteils als solche, erkennt sie vielmehr

[7]) Auch Hamburger, S. 75—77, weist darauf hin, daß die Rechtspr. des RG. nicht frei von Widersprüchen ist. Vgl. auch Hellwig, System I, S. 787.

[8]) Seuff.Arch. 56, 214.

[9]) RGZ. 41. 373.

[10]) RGZ. 36. 381 (384).

[11]) RGZ. 42. 372 (376).

ausdrücklich an und erklärt nur die bestimmte Art ihrer Geltendmachung für unstatthaft[12]). Diese zutreffende Auffassung vom Wesen der Rechtskraft hat — eine selbstverständliche Folge — dazu geführt, daß in der späteren Rechtsprechung des Reichsgerichts nie wieder behauptet worden ist, die Geltungskraft eines Urteils könne durch bloße Parteivereinbarung beseitigt werden.

II. Um eine unmittelbare Einwirkung auf das Vollstreckungsverfahren würde es sich auch handeln, wenn die Parteien mit dem Vollstreckungsvertrag zwar nicht einen Wegfall der gesamten Geltungskraft des Urteils, wohl aber einen Wegfall der Vollstreckungsberechtigung des Gläubigers erreichen könnten. Eine derartige Wirkung wird dem Vollstreckungsvertrag in Schrifttum und Rechtsprechung häufig beigelegt. Meist wird in diesem Zusammenhang von Verzicht gesprochen; jedoch ist zu beachten, daß die Verwendung dieses Begriffes keine einheitliche ist. Wenn von Verzicht die Rede ist, so ist nicht immer ein eigentlicher Verzicht — d. h. Aufgabe eines Rechtes durch den Inhaber, ohne es auf eine andere Person zu übertragen[13]) — gemeint. Häufig wird im Zusammenhang mit den Vollstreckungsverträgen der Begriff auch, dem Sprachgebrauch des Lebens folgend, in einem untechnischen Sinne verwandt und wird dann gleichgesetzt mit dem lediglich schuldrechtlich wirkenden Versprechen, die Vollstreckung nicht zu betreiben. Soweit von Verzicht im letzteren Sinne in Schrifttum und Rechtsprechung die Rede ist, gehört er nicht hierher, wo es sich um die Frage der Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen mit unmittelbarer prozessualer Wirkung handelt.

Es fragt sich demnach, ob der Gläubiger auf seine ihm durch die ZPO gewährte Vollstreckungsberechtigung mit der Wirkung — ganz oder teilweise — verzichten kann, daß eine mit dem Verzicht in Widerspruch stehende Zwangsvollstreckung vollstreckungsrechtlich unzulässig wäre. Die Entscheidung dieser Frage macht ein Eingehen auf das Wesen der Zwangsvollstreckung erforderlich.

Die Zwangsvollstreckung ist ein Verfahren, das materiellrechtliche Ansprüche zugunsten des Berechtigten (Gläubigers) gegen den Verpflichteten (Schuldner) durch staatlichen Zwang verwirklichen will[14]). Nach einer weit verbreiteten Ansicht hat nun der Gläubiger auf Grund des Vollstreckungstitels einen Anspruch gegen den Staat darauf, daß die zulässigerweise beantragten Vollstreckungs-

[12]) Vgl. z. B. JW. 1903, 432[6]; 1908, 38[13]; RGSt. 34, 279 (283, 284); RGZ. 61, 359; JW. 1926, 1148; an die überwundene privatrechtliche Auffassung erinnert allerdings noch die Wendung in RGZ. 61, 364, daß „dem rechtskräftigen Judikat die Wirkung der Rechtskraft versagt werde". Daß es sich hier aber nur um eine ungenaue Ausdrucksweise handelt, zeigt die abschließende Feststellung der gleichen Entscheidung (S. 366), daß die Berufung auf die Rechtskraft als eine gegen die guten Sitten verstoßende Ausbeutung derselben erscheine.

[13]) Vgl. v. Tuhr, II 1, S. 264, 265.

[14]) Vgl. Rosenberg, § 175 I 1.

maßnahmen durch die dazu eingesetzten staatlichen Vollstreckungsorgane vorgenommen werden, den sog. Vollstreckungsanspruch[15]).

Auf diesen Vollstreckungsanspruch, so ist behauptet worden, könne der Gläubiger verzichten[16]). Wäre dies richtig, so müßte folgerichtig der Vollstreckungsvertrag eine unmittelbare Einwirkung auf das Vollstreckungsverfahren entfalten können[17]).

Diese Ansicht muß jedoch schon aus dem Grunde abgelehnt werden, weil es nach richtiger Auffassung einen Vollstreckungsanspruch des Gläubigers gegen den Staat überhaupt nicht gibt.

Der Vollstreckungsanspruch wird meist als eine Unterart des sog. Rechtsschutzanspruchs aufgefaßt[18]), teilweise auch als Unterfall eines allgemeinen Justizgewährungsanspruchs[19]). Ein Eingehen auf die im einzelnen sehr verschiedenen Ansichten ist in diesem Zusammenhang nicht erforderlich. Gemeinsam ist jedenfalls allen Auffassungen die Vorstellung eines Anspruchs gegen den Staat und die Einreihung dieses Anspruchs in die sog. subjektiven öffentlichen Rechte[20]).

Die Lehre vom Vollstreckungsanspruch und damit vom Rechtsschutzanspruch überhaupt soll hier nicht von der dogmatisch-begrifflichen Seite her bekämpft werden. Ein Eingehen auf alle

[15]) So bes.: Rosenberg, § 176 I, II; Förster-Kann, § 704, Vorbem. 2.; Stein-Jonas, II vor § 704; Hellwig-Oertmann, S. 145; Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, S. 16 ff.; Stein, Grundfragen, S. 8 ff.; Planck, Lehrb., S. 606; Wach, Vorträge, S. 300; Groh, ZZP. 51, 145; Bley, S. 16 ff.

[16]) So Oertmann, Vollstreckungsgegenklage, S. 221, der von einem Verzicht auf die Durchführung des Vollstreckungsrechts spricht, durch den der Vollstreckungsanspruch vernichtet oder gelähmt werde. Ebenso wohl, ohne daß immer ausdrücklich vom Vollstreckungsanspruch die Rede ist: Reichel, Haftungsbeschränkung, S. 210 (vgl. auch Reichel, JheringsJ. 59, 446); Roquette, S. 161; Struckmann-Koch, § 767, 1; Langheineken, Urteilsanspruch, S. 181 (vgl. auch Anspruch und Einrede, S. 191); Gmelin, S. 37; Büttner, S. 33; RG. Recht 1911 Nr. 3346; OLG. Dresden, Sächs. Arch. 2, 171; anscheinend auch (in bezug auf die Leistung des Offenbarungseides) Fraeb, S. 103/104; Lewinsohn, S. 111; Lubowski, S. 19; Schwalm, S. 36/37. Unklar: O. Hein, S. 579.

Soweit sonst noch im Schrifttum in diesem Zusammenhang von Verzicht die Rede ist, ist offensichtlich nur ein rein schuldrechtlich wirkendes Versprechen, nicht zu vollstrecken, gemeint, so z. B. bei Falkmann, S. 389, d; Stein-Jonas, §§ 807 II, 5, 900 II, 2; H. Müller, S. 50; OLG. Dresden, Rechtspr. 13, 198; OLG. Breslau, JW. 1930, 3345 u. a. Das Schrifttum ist gerade in diesem Punkte sehr wenig klar.

[17]) Diese Folgerung wird allerdings von den meisten Anhängern dieser Ansicht nicht gezogen. Ein Teil der Vertreter dieser Ansicht scheint im Gegenteil sogar trotz Annahme eines Verzichts auf den Vollstreckungsanspruch eine unmittelbar prozeßgestaltende Wirkung dieses Verzichts zu verneinen, z. B. Langheineken, Struckmann-Koch, Oertmann, Büttner, a. a. O. Überhaupt wird bei fast allen in Anm. 16 genannten Schriftstellern und Entscheidungen nicht deutlich zwischen prozessualer und schuldrechtlicher Wirkung unterschieden.

[18]) Vgl. Hellwig, Stein, a. a. O., vgl. Anm. 15 dieses Paragraphen.

[19]) So Rosenberg, Groh, a. a. O., vgl. Anm. 15 dieses Paragraphen.

[20]) Vgl. Jellinek, S. 124.

die einzelnen Argumente, die von dieser Seite her für und gegen den Rechtsschutzanspruch erhoben worden sind[21]), würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit weit übersteigen. Es handelt sich hier um eines der Probleme, die das prozeßrechtliche Schrifttum seit einigen Jahrzehnten am meisten beschäftigen, vielleicht überhaupt um das am meisten erörterte Problem des Zivilprozeßrechts[22]). Lediglich darauf soll hingewiesen werden, daß bereits von der dogmatischen Seite her, die Lehre vom Rechtsschutzanspruch durchaus nicht restlos Anerkennung gefunden hat[23]), daß im Gegenteil im neueren Schrifttum die Ablehnung dieser Lehre immer mehr Anhänger gefunden hat[24]) und daß schließlich auch bezüglich der Existenz eines allgemeinen Justizgewährungsanspruchs zum mindesten starke Zweifel laut geworden sind[25]).

Ein Eingehen auf den dogmatischen Streit erscheint aber in der Gegenwart auch überflüssig. Denn der Angriff gegen die Lehre vom Rechtsschutzanspruch und seine Unterarten (Vollstreckungsanspruch, Konkursanspruch usw.) hat heute von einer anderen Seite her einzusetzen. Angesichts der Revolutionierung unseres gesamten Rechtsdenkens innerhalb der letzten zwei Jahre muß heute die Frage aufgeworfen werden: Ist das Begriffsgebilde eines Rechtsschutzanspruchs — weltanschaulich und allgemeinrechtlich gesehen — mit heutigem Rechtsdenken überhaupt vereinbar?

„Der Rechtsschutzanspruch spielt... dieselbe Rolle für den Prozeßgesetzgeber wie das Grundrecht oder Menschenrecht für die Verfassungsurkunde" bekennt Richard Schmidt[26]). Deutlicher kann nicht zum Ausdruck gebracht werden, auf welchem weltanschaulichen Hintergrunde dieser Begriff erschaffen ist. Er erwuchs auf dem Boden des individualistischen Denkens des heute von uns überwundenen bürgerlichen liberalen Zeitalters, in dem Recht und Staat nicht als übergeordnete Gemeinschaftsbildungen, sondern als äußere Lebensformen erscheinen, in einer Welt, die im

---

[21]) Vgl. hierzu Binder, Prozeß und Recht, sowie die Abhandlungen von Bley und Groh.

[22]) Bereits im Jahre 1907 bemerkt Degenkolb, S. 1, daß sich der keinen Dank erwerbe, der „die literarische Hochflut zum Rechtsschutzanspruch durch neue Zuflüsse vermehre".

[23]) Vgl. statt aller Rosenberg, § 90.

[24]) Rosenberg, § 90; Sauer, S. 534 ff.; Binder, Prozeß und Recht, S. 103 ff.; Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 150, 263; Groh, S. 173 ff.; Walsmann, Jud. I, S. 313, 314; Fischer-Fischerhof, S. 65.

Zu beachten ist allerdings, daß nicht alle mit dem Rechtsschutzanspruch zugleich auch den Vollstreckungsanspruch leugnen. So wird trotz Bekämpfung der Lehre vom Rechtsschutzanspruch das Vorhandensein eines Vollstreckungsanspruchs bejaht von Rosenberg, § 176 II 2; Bülow, ZZP. 31, 201, Anm. 13; W. A. Müller, S. 13; wohl auch von Pagenstecher, S. 360 ff., insbes. S. 371.

[25]) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 205 Anm. 5; Sauer, S. 561 ff., auch Rosenberg, § 2 II 3a (2. Abs. a. E.).

[26]) Der Prozeß und die staatsbürgerlichen Rechte, S. 28; vgl. auch Lehmann, Zivilprozeßreform und Rechtsstaatsgedanke, S. 31, 32.

Staate letzten Endes den Gegner der liberalistischen Gesellschaft erblickte, in einer Welt, die dem einzelnen durch die Konstruktion von allgemeinen Menschenrechten, die für ihn eine staatsfreie Sphäre schaffen sollten, von vornherein eine Gegnerstellung in seinem Verhältnis zum Staate aufzwang. Das bürgerlich-liberalistische Rechtsdenken, das diese Welt beherrschte, konnte den Staat als Rechtssubjekt auf die Ebene des einzelnen herabziehen. Das privatrechtliche Anspruchsdenken — wurzelnd in der gemeinrechtlichen actio — triumphierte [27]). Auf alle Rechtsgebiete wurde dieses Anspruchsdenken übertragen. Namentlich der Staat als Rechtssubjekt wurde mit jedem einzelnen durch alle möglichen Ansprüche verbunden [28]). Aus dieser geistigen Grundhaltung entstand die Vorstellung eines Anspruchs gegen den Staat auf Gewährung von Rechtsschutz, entstand das „Prozeßrechtsverhältnis", um „Kläger, Beklagten und Staat zum Spiel um das Recht zu vereinigen" [29]).

Der Nationalsozialismus hat an die Stelle dieser individualistischen Betrachtungsweise eine Rechtsauffassung gesetzt, die getragen wird vom Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken, in der der einzelne nicht als solcher, nicht als Individuum, sondern in seiner gliedmäßigen Verbundenheit mit der Volksgemeinschaft zum Gegenstand rechtlicher Beziehungen gemacht wird [30]). Mit dieser neuen Gemeinschaftsordnung ist die Annahme eines Anspruchs gegen den Staat auf Gewährung von Rechtsschutz (Vollstreckung) unvereinbar [31]). "Sieht das neue Rechtsempfinden das Recht nicht mehr vom Rechtssubjekt, sondern vom Volke, nicht mehr vom einzelnen, sondern von der Einheit her, so verliert die hohle Gleichstellung wie die leere Gegnerstellung von einzelnem und Staat ihre Bedeutung und Berechtigung. Ist das Recht die gegliederte Lebensordnung des Volkes, so wird es um des Volkes willen Staat wie einzelnem gerecht werden" [32]). „Die Gemeinschaftsordnung steht hoch über den Ansprüchen. Nicht die Ordnung ist eine Summe von Ansprüchen, sondern die Ansprüche sind eine der zahlreichen Wirkungsformen der Ordnung [33])."

Anklänge an diese im heutigen Staat allein mögliche Auffassung [34]) finden sich gelegentlich auch bereits im früheren

---

[27]) Vgl. Lange, Rechtsstaat, S. 11.

[28]) Vgl. hierzu den Aufsatz von Schaffstein, „Der Begriff Strafanspruch und sein rechtspolitischer Gehalt", DJZ. 1934, 1174.

[29]) Lange, S. 11.

[30]) Vgl. Schaffstein, a. a. O., S. 1179.

[31]) Lange, S. 32; wohl auch Schaffstein in seinem nur den Strafanspruch behandelnden Aufsatz, a. a. O.

[32]) Lange, S. 26.

[33]) Lange, S. 32.

[34]) Mit ganz ähnlicher Begründung gelangt auch Bernhardt, Vollstreckungsgewalt und Amtsbetrieb (nach Fertigstellung der vorliegenden Arbeit erschienen) zur Ablehnung des Vollstreckungsanspruchs, vgl. S. 24 ff., insbes. S. 30, 31.

Schrifttum. Allgemeinrechtliche Gesichtspunkte führen schon bei Fischer[35]), Kleinfeller[36]), Sauer[37]), Baumbach[38]) und namentlich auch bei Binder[39]) zu einer Ablehnung des Rechtsschutz(Vollstreckungs-)-anspruchs. Ganz besonders aber ist unter den Gegnern im älteren Schrifttum Kohler zu nennen[40]). Ihm gebührt das Verdienst, inmitten einer liberalistischen Welt als erster im prozeßrechtlichen Schrifttum sich zu einer Auffassung des Verhältnisses von Staat und einzelnem bekannt zu haben, die heutigen Rechtsdenken entspricht. Was er im Jahre 1889 schrieb, kann noch heute in vollem Umfang Geltung beanspruchen: „Der Staat verwirklicht das Recht nicht um der Einzelnen willen, er verwirklicht es um der großen sozialen Aufgabe des Rechts willen, er thut es, weil ohne Rechtsverwirklichung keine Kultur existieren kann. Was soll da der Einzelne mit seinem Anspruch gegen den Staat: soll ein jeder Einzelne den Staat an seine Aufgabe erinnern, wie mit einem Glockenzug den Staat herbeizitieren, damit er ihm dienstbar sein soll?“[41]) „Der Einzelne hat nicht das Recht, allüberall als fordernder Gläubiger den Staat an der Hand zu fassen .... ihm zu sagen: tue deine Pflicht gegen mich. Das ist nicht die Stellung, welche dem Individuum und welche dem Staate gebührt. Der Einzelne hat den Staat als eine übergeordnete Macht zu empfinden, deren Tätigkeit er anregen kann, deren Tätigkeit auch in seinem Interesse stattfindet, sofern auch er innerhalb der Kulturatmosphäre des Staates weilt. Der Staat ist kein gleichstehendes Wesen, von dem er die Erfüllung der Pflichten in der gleichen Weise verlangen kann, wie der Gläubiger von seinem Schuldner. Mit Scheu hat sich der Einzelne dem Staate zuzuwenden, er hat nicht das Recht, mit seinem Scheine in der Hand dem Staat über die Schwelle zu treten und auf seinen Schein zu pochen[42]).“

III. Hat der Gläubiger nun auch keinen Anspruch gegen den Staat auf Vollstreckung, auf den er verzichten könnte, so hat er doch auf Grund seines Vollstreckungstitels eine gewisse prozessuale Stellung. Die Vollstreckungsorgane sind verpflichtet, Vollstreckungshandlungen vorzunehmen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind. Ausgelöst wird diese Tätigkeit durch den Antrag des Gläubigers. Der Gläubiger kann also auf

---

35) ZZP. 10, 429; Recht und Rechtsschutz, S. 73, 74.
36) ZZP. 34, 378.
37) S. 561 ff.
38) 1 B vor § 704 (vgl. auch Grundzüge 1 vor § 253).
39) Rechtsphilosophie, S. 659; Prozeß und Recht, S. 375 ff.; insbes. S. 391 („Der Untertan hat nicht einen Anspruch gegen den Staat auf Rechtsschutz, . . . sondern er hat den Rechtsschutz“.).
40) Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 13, 14; ZZP. 33, 218; ArchZivPr. 97, 9, 10; Prozeßrechtliche Forschungen, 71 ff.
41) Prozeßrechtliche Forschungen, S. 71.
42) Daselbst S. 77.

Grund seines Vollstreckungstitels das Vollstreckungsverfahren in Gang setzen. Dieses rechtliche Können, wie dies meist geschieht, als prozessuales Recht zu bezeichnen, ist nicht gerade falsch [43]), sofern man sich darüber im klaren ist, daß es sich nicht um ein subjektives Recht, um einen gegen den Staat gerichteten Anspruch handelt (vgl. die obigen Ausführungen unter II S. 20 ff.). Glücklich ist die Bezeichnung jedoch nicht, weil sie leicht zu einer Verkennung des Wesens dieses prozessualen Könnens und zu einer unzulässigen Übertragung privatrechtlicher Vorstellungen führen kann. Wie man die Rechtstellung des Gläubigers, die ihn in Stand setzt, die Tätigkeit der Zwangsvollstreckungorgane auszulösen, bezeichnet, ist letzten Endes nicht von entscheidender Bedeutung. Man kann von prozessualer „Handlungsbefugnis" [44]), „Anwartschaft" [45]), „Möglichkeit" sprechen. Am treffendsten erscheint der letztgenannte Ausdruck [46]). Ihn verwendet neuerdings auch der Gesetzgeber im „Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten" vom 13. 12. 1934 (RGBl. I S. 1234).

Kann der Gläubiger nun etwa auf diese prozessuale Möglichkeit mit unmittelbar prozeßgestaltender Wirkung verzichten, d. h. kann er sich seiner ihm auf Grund des Vollstreckungstitels gewährten Vollstreckungsmöglichkeit mit der Wirkung entäußern, daß eine gleichwohl vorgenommene Vollstreckungsmaßnahme vollstreckungsrechtlich unzulässig wäre?

Die Zivilprozeßordnung, die in zahlreichen Fällen einen Verzicht auf prozessuale Möglichkeiten vorsieht (vgl. z. B. §§ 346, 514, 566), sieht einen Verzicht auf die prozessuale Möglichkeit, die Zwangsvollstreckung in Gang zu setzen, ausdrücklich nicht vor. Folgt aus dem Schweigen des Gesetzes die Unzulässigkeit eines solchen Verzichts?

Man hat die Unzulässigkeit eines derart unmittelbar prozessual wirkenden Verzichts auf die Vollstreckungsmöglichkeit damit zu begründen versucht, daß man sagt, ein derartiger Verzicht müsse im Falle seiner Zulässigkeit das gleichwohl betriebene Vollstreckungsverfahren unzulässig machen. Der Verzicht auf die Vollstreckungsmöglichkeit könne aber diese Wirkung niemals haben, weil die Unzulässigkeit des Vollstreckungsverfahrens nur auf einer Verletzung von Verfahrensvorschriften beruhen könne, von einer

[43]) Zumal die ZPO selbst in zahlreichen anderen Fällen prozessualen Könnens von „Rechten" spricht (z. B. in § 514 vom „Recht" der Berufung).

[44]) So z. B. Bülow, Geständnisrecht, S. 37 ff.

[45]) Vgl. Fischer-Fischerhof, S. 66.

[46]) Er wird z. B. von Goldschmidt gebraucht. G. versteht unter prozessualer Möglichkeit „die Lage, durch Vornahme einer Prozeßhandlung die Aussicht auf einen prozessualen Vorteil zu erlangen" (Prozeß als Rechtslage, S. 277). Als Oberbegriff (nämlich für prozessuale „Aussichten", „Möglichkeiten" und „Befreiungen von einer prozessualen Last") verwendet G. allerdings den oben abgelehnten Begriff des prozessualen Rechts (a. a. O., S. 268 ff.).

Verletzung von Verfahrensvorschriften könne aber immer nur dann die Rede sein, wenn das Vollstreckungsorgan die Möglichkeit habe, die Verletzung zu erkennen, was bei dem Verzicht auf die Vollstreckungsmöglichkeit regelmäßig nicht der Fall sei[47]). Diese Begründung geht schon deshalb fehl, weil es nicht richtig ist, daß eine Verletzung von Verfahrensvorschriften nur denkbar sei bei Erkennbarkeit der Verletzung für die Vollstreckungsorgane. So wird z. B. ganz allgemein die Unzulässigkeit der Vollstreckung (und folglich die Zulässigkeit der Erinnerung gemäß § 766) bejaht, wenn ein Gläubiger aus mehreren in seinem Besitz befindlichen Ausfertigungen des Vollstreckungstitels gleichzeitig vollstreckt[48]), obwohl hier das Vollstreckungsorgan den Fehler nicht zu erkennen vermag.

Gleichwohl kann die Frage nach der Zulässigkeit eines Verzichts mit unmittelbarer prozessualer Wirkung nicht bejaht werden. Dies folgt aus der zwingenden Natur der hier in Frage stehenden Prozeßrechtssätze.

Hielte man nämlich den Verzicht auf die Vollstreckungsmöglichkeit für wirksam, so müßte ein derartiger Verzicht von den Vollstreckungsorganen bei der Durchführung der Vollstreckung beachtet werden. Die Vollstreckungsorgane würden dann bei der Durchführung der Zwangsvollstreckung nicht mehr lediglich an die von der Zivilprozeßordnung in den Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung (§§ 704 ff.) aufgestellten Schranken gebunden sein, sondern auch an die von den Parteien selbst geschaffenen Beschränkungen. Es stände demnach in der Macht der Parteien, ein vom Gesetz nicht vorgesehenes, abweichendes Vollstreckungsverfahren mit ganz anders gearteten Vollstreckungsvoraussetzungen und Vollstreckungshindernissen zu vereinbaren.

Eine derartige Macht gibt jedoch das geltende Prozeßrecht den Parteien nicht. Eine auf dem Parteiwillen beruhende Regelung des Verfahrens ist nur dann zulässig, wenn das Gesetz den Parteien diese Befugnis im Einzelfall ausdrücklich verleiht. Es gibt keinen sogenannten Konventionalprozeß[49]).

Allerdings sind nicht die gesamten Rechtssätze des Zivilprozeßrechts zwingendes Recht. Es wäre daher verfehlt, das Verbot des Konventionalprozesses mit der öffentlich-rechtlichen Natur des Zivilprozeßrechts zu begründen[50]). Die Feststellung, daß eine Rechtsnorm öffentlich-rechtlichen Charakter hat, besagt noch nichts über

[47]) Vgl. LG. Bielefeld, JW. 1933, 1905; anscheinend auch Kohler, Ges. Beitr., S. 166; Dittrich, S. 24.

[48]) Stein-Jonas, § 766, II, 1; Baumbach, 2 B vor § 704.

[49]) Bülow, ArchZivPr. 64, 1 ff.; Förster-Kann, 11 b vor § 704; Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 311; Hellwig, System I, S. 450; Kleinfeller, S. 184; Kohler, Ges. Beitr., S. 150; Planck, Lehrbuch, 1, S. 17; Pollak, §§ 14, IV; 16, II; Rosenberg, § 7,3; Wach, Arch.Ziv.Pr., 64, 220 ff.

[50]) Pollak, § 16, II.

die Frage der Verzichtbarkeit. Die früher vielfach vertretene Auffassung, daß alles öffentliche Recht absolut zwingend sei, kann als überwunden gelten [51]).

Der Grund für das Verbot des sogenannten Konventionalprozesses ist vielmehr in folgendem zu suchen. Ebenso wie die Privatrechtssätze regeln auch die Zivilprozeßrechtssätze das Verhalten der ihnen unterworfenen Personen teils unbedingt bindend (absolutes, zwingendes Recht), teils nur bedingt, nämlich für den Fall, daß nicht die Beteiligten in gewissen Grenzen eine andere, ihnen wünschenswert erscheinende Regelung durch ihren Willen für maßgebend erklären (dispositives, nachgiebiges Recht) [52]). Aus dem Vorhandensein von dispositiven Prozeßrechtssätzen darf jedoch nicht der Schluß gezogen werden, daß es grundsätzlich in der Macht der Parteien stände, die Prozeßrechtssätze außer Kraft zu setzen und von sich aus das zivilprozessuale Verfahren zu regeln. Nur im Rahmen einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung ist den Parteien die Macht gegeben, das Verfahren nach ihrem Willen zu gestalten. Wo auch immer der Wille der Parteien bei der Gestaltung des Verfahrens zur Geltung kommt, geschieht es nur auf Grund des Gesetzes, nie gegen das Gesetz [53]). Daraus folgt, daß im Zweifel ein jeder Prozeßrechtssatz als zwingend zu gelten hat, nämlich solange sich nicht aus dem Gesetz ergibt, daß die Parteien zur Betätigung ihres Ermessens ermächtigt sein sollen [54]). Eine generelle Ermächtigung zur Parteidisposition, wie sie etwa das Privatrecht auf dem Gebiete des Schuldrechts kennt [55]), fehlt im Prozeßrecht und wäre auch mit dem Wesen und der Autorität des Prozesses als einer staatlichen an die Stelle der privaten Selbsthilfe getretenen Verfahrensordnung unvereinbar.

Da mangels jedes zur Parteigestaltung ermächtigenden Rechtssatzes kein Zweifel daran bestehen kann, daß es sich bei denjenigen Rechtssätzen, die die Voraussetzungen und Durchführung der Zwangsvollstreckung regeln, um zwingendes Recht handelt, gelangen wir somit zu dem Ergebnis, daß ein Vollstreckungsvertrag mit unmittelbar prozeßgestaltender Wirkung unzulässig ist. Dieses Ergebnis entspricht auch der ganz überwiegend in Schrifttum und Rechtsprechung vertretenen Ansicht [56]).

---

[51]) Vgl. Bülow, ArchZivPr., 64, 1 ff., insbes. 100 ff.; Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 301; Stein-Juncker, S. 28; W. A. Müller, S. 83.

[52]) Vgl. hierzu und zum folgenden Richard Schmidt, Lehrbuch, S. 143; Pollak, §§ 16, II; 19, VI.

[53]) Wach, ArchZivPr., 64, 221.

[54]) Bülow, ArchZivPr., 64, 1 ff.; Pollak, § 19, VI; Rosenberg, § 7, 3; Richard Schmidt, Lehrbuch, S. 143; Wach, Arch.Ziv.Pr., 64, 220 ff.; a. A. Sachse, ZZP. 54, 411.

[55]) Vgl. freilich das unten S. 31 Gesagte.

[56]) Ausdrücklich wird eine prozessuale Wirkung abgelehnt von: Bartels, JW. 1933, 2850; 1934, 1229; Baumbach, 2 C II b vor § 704; Blomeyer, JW. 1933, 1905; Bülow, ArchZivPr., 83, 13, Anm. 17; Dackweiler, JW. 1934,

IV. Das gefundene Ergebnis gilt für sämtliche Arten von Vollstreckungsverträgen. Dieser ausdrücklichen Feststellung bedarf es deshalb, weil für eine Gruppe der Vollstreckungsverträge, die gegenständlich beschränkenden Vollstreckungsverträge, z. T. — so namentlich von Förster-Kann[57]) — das Gegenteil behauptet wird. Da die gegenständlich beschränkenden Vollstreckungsverträge nach der hier vertretenen Auffassung (vgl. unten § 5) genau wie die übrigen Vollstreckungsverträge den Gläubiger lediglich schuldrechtlich verpflichten, die Vollstreckung in bestimmter Weise zu betreiben, können sie keinerlei unmittelbare Wirkungen auf das Vollstreckungsverfahren ausüben. Wenn das Gegenteil behauptet wird, so liegt dies wohl mit daran, daß nicht oder nicht klar genug unterschieden wird zwischen der Vereinbarung gegenständlich beschränkter Haftung und den gegenständlich beschränkenden Vollstreckungsverträgen.

Die von Förster-Kann für seine Ansicht gegebene Begründung enthält übrigens auch einen logischen Fehler. Förster-Kann begründet nämlich die Ablehnung der unmittelbar prozeßgestaltenden Wirkung hinsichtlich der übrigen Vollstreckungsverträge damit, daß diese auf eine „unzulässige" Abänderung des Verfahrens gerichtet seien. Die gegenständlich beschränkenden Vollstreckungsverträge seien hingegen prozessual wirksam, weil sie nicht auf eine Änderung des Verfahrens hinausliefen. Das ist nicht richtig. Denn nach dem Gesetz unterliegt — abgesehen von einzelnen gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen — das ganze Schuldnervermögen dem Zugriff des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung. Wäre es möglich, die Zugriffsmöglichkeit des Gläubigers mit prozessualer Wirkung auf Teile des Schuldnervermögens zu beschränken, so würde dadurch das gesetzliche Zwangsvollstreckungsverfahren, das ja gerade den Zugriff auf das ganze Vermögen vorsieht, abgeändert. Die unterschiedliche Behandlung der einzelnen Arten von Vollstreckungsverträgen durch Förster-Kann ist demnach logisch nicht gerechtfertigt.

Auch Reichel[58]) behauptet unmittelbare prozessuale Wirkung. Er begründet dies mit der Zulässigkeit eines Verzichts auf das „Zu-

1155; Dittrich, S. 22; Ehrenzweig, S. 239; Förster-Kann, 11 b vor § 704; Geib, S. 40, 173, Anm. 1, 175; Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 312 zu Anm. 1616 a; O. Hein, S. 579; W. Hein, S. 144, Anm. 1; Hellwig, Lehrbuch, S. 169, Anm. 7a, 227, 229; Hellwig-Oertmann, S. 147, 195; Kohler, Ges. Beitr., S. 165, 166; Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 117; Oertmann, 6 vor § 242; Reichenheim, S. 38; Rosenberg, § 186, III; Seldt, S. 51; Seuffert-Walsmann, 1 VI vor § 704; Wurzer, S. 444 ff.

Vgl. ferner die unten in § 5 genannten Schriftsteller und Entscheidungen, die die Möglichkeit einer unmittelbaren prozessualen Wirkung überhaupt nicht erörtern, sondern ohne weiteres die lediglich schuldrechtliche Wirkung des Vollstreckungsvertrages bejahen.

Vgl. hingegen das oben in Anm. 16 und 17 dieses Paragraphen Gesagte.

[57]) 11 b vor § 704.

[58]) Insbesondere S. 210.

griffsrecht". Es genügt, zur Ablehnung dieser Ansicht auf die Ausführungen zu der Frage des Verzichts auf den Vollstreckungsanspruch zu verweisen (vgl. oben S. 21 ff.).

§ 5.

Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen mit rein schuldrechtlicher Wirkung?

Aus dem Fehlen jeder unmittelbar prozeßgestaltenden Wirkung folgt, daß die Wirkung des Vollstreckungsvertrages nur eine schuldrechtliche sein kann. Der Vollstreckungsvertrag kann lediglich die Verpflichtung des Gläubigers zu einem bestimmten prozessualen Verhalten erzeugen, zum Unterlassen von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, die der mit dem Schuldner getroffenen Abrede zuwiderlaufen.

I. Vor der Untersuchung, ob rechtliche Bedenken gegen die Gültigkeit eines Vollstreckungsvertrages mit rein schuldrechtlicher Wirkung bestehen, muß zunächst Klarheit darüber gewonnen werden, welchem Rechtsgebiete dieser Vertrag angehört. Über diese Frage besteht im Schrifttum keineswegs Einigkeit.

Im Schrifttum wird der Vollstreckungsvertrag zum Teil — wohl in Anlehnung an Kohler — als prozeßrechtlicher Vertrag bezeichnet[1]). Diese Bezeichnung ist geeignet, den Anschein zu erwecken, als ob der Vollstreckungsvertrag zu den sogenannten Prozeßhandlungen gehört. Daß dies nicht der Fall ist, bedarf keiner näheren Darlegung. So viel Streit auch im einzelnen über den Begriff der Prozeßhandlung besteht[2]), wesentlich ist der Prozeßhandlung jedenfalls die unmittelbar prozeßgestaltende Wirkung[3]). Eine derartige Wirkung fehlt aber gerade dem Vollstreckungsvertrage (s. oben § 4).

Infolge des Fehlens jeder unmittelbar prozeßgestaltenden Wirkung kann der Vollstreckungsvertrag auch nicht als „Prozeßrechtsgeschäft" im Sinne von Bunsen[4]) oder als „Vertrag mit prozeßrechtlicher Wirkung" im Sinne von Rosenberg[5]) bezeichnet werden. Diese Geschäfte sind zwar in ihrem Tatbestand privatrechtlich, in ihren Wirkungen aber prozessual. Die Herbeiführung einer Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten im Vollstreckungsverfahren ist aber gerade keine prozeßrechtliche Wirkung.

Die durch Willensübereinstimmung herbeigeführte Verpflichtung zu einem bestimmten Verhalten ist vielmehr typische Wirkung eines

[1]) Kohler, Ges. Beitr., S. 127 ff., 163 ff. Wie Kohler z. B. Roquette, S. 160, Dittrich, S. 3.

[2]) Vgl. hierzu Niese, insbes. S. 7 ff.

[3]) Vgl. etwa die Begriffsbestimmungen bei Rosenberg, § 59; Hellwig, System I § 145, I; Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 365; Niese, insbes. S. 34.

[4]) ZZP. 35, 401.

[5]) § 59, 2 a.

privatrechtlichen Schuldvertrages. Die Tatsache, daß die versprochene Handlung, das Unterlassen abredewidriger Vollstreckungsmaßnahmen, auf dem Gebiete des Zwangsvollstreckungsrechts, also des öffentlichen Rechts liegt, kann daran nichts ändern[6]). Für die Beantwortung der Frage, ob ein Tatbestand öffentlichrechtlich oder privatrechtlich ist, ist entscheidend, ob durch den Tatbestand Rechtsbeziehungen zwischen einem einzelnen und dem Staate oder einem sonstigen Träger öffentlicher Gewalt oder Rechtsbeziehungen zwischen zwei rechtlich gleichgeordneten Privatpersonen geschaffen werden. Ein Vertrag, der — wie der Vollstreckungsvertrag — Rechtsbeziehungen lediglich zwischen dem Vollstreckungsgläubiger und dem Vollstreckungsschuldner schafft, ist privatrechtlich auch dann, wenn er mit einem öffentlichrechtlichen Tatbestand in gewisser Weise verknüpft ist. Daß ein öffentlich-rechtlicher Tatbestand sogar Gegenstand eines privatrechtlichen Vertrages ist, ist gar keine seltene Erscheinung. Man denke z. B. an einen Vertrag, durch den sich jemand einem anderen gegenüber verpflichtet, eine diesem obliegende öffentlichrechtliche Verpflichtung zu erfüllen, etwa eine Steuerschuld zu bezahlen. Trotz des öffentlichrechtlichen Vertragsgegenstandes handelt es sich hier um einen rein privatrechtlichen Vertrag[7]). Nicht der Vertragsgegenstand, sondern die Vertragswirkung entscheidet, ob ein Vertrag dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht angehört. Eine andere Frage ist es, inwieweit das öffentliche Recht gestattet, es zum Gegenstand eines privatrechtlichen Vertrags zu machen. Hinsichtlich des Vollstreckungsvertrages wird diese Frage noch Gegenstand einer besonderen Untersuchung sein (vgl. unten S. 34 ff.).

Handelt es sich demnach beim Vollstreckungsvertrag um einen rein privatrechtlichen — und zwar schuldrechtlichen — Vertrag, so muß es zum mindesten als mißverständlich bezeichnet werden, hier von einem prozessualen oder prozeßrechtlichen Vertrage zu sprechen.

II. Nachdem Klarheit über Wirkung und Rechtsnatur des Vollstreckungsvertrags gewonnen ist, kann nunmehr die Frage nach der Zulässigkeit dieses Vertrages beantwortet werden.

Bei der Prüfung der Zulässigkeit ist, was im Schrifttum meist nicht geschieht, zweierlei scharf auseinander zu halten. Da der Vollstreckungsvertrag ein privatrechtlicher Vertrag ist, hat die Untersuchung davon auszugehen, ob sich von der Seite des Privatrechts her rechtliche Bedenken gegen die Zulässigkeit ergeben. Darin erschöpft sich aber die Untersuchung noch nicht. Denn da der Gegenstand der durch den privatrechtlichen Vertrag ge-

[6]) Wach, Handbuch, I, S. 84; Ehrenzweig, S. 231 ff.; Oertmann, § 241,6; Barz, S. 5; Niese, S. 84.

[7]) Vgl. Wach, Handbuch, I, S. 87.

schuldeten Leistung auf prozessualem Gebiete liegt, ergibt sich notwendig die weitere Frage, ob vom Standpunkt des Prozeßrechts aus Bedenken gegen die Zulässigkeit eines privatrechtlichen Vollstreckungsvertrages bestehen.

1. Ein häufig erhobener Einwand geht dahin, daß privatrechtliche Verträge über prozessuale Befugnisse ein widersinniger Begriff seien [8]).

Soweit darin lediglich die Feststellung liegt, daß privatrechtliche Verträge keine unmittelbaren prozessualen Wirkungen entfalten können, kann sich dieser Einwand allerdings überhaupt nicht gegen den Vollstreckungsvertrag richten. Denn dem Vollstreckungsvertrag fehlt ja gerade jede unmittelbare prozessuale Wirkung.

Häufig liegt in diesem Einwand aber auch noch die weitergehende Behauptung, daß ein schuldrechtlicher Vertrag, der zu einem bestimmten prozessualen Verhalten verpflichte, unmöglich sei, weil ein prozessuales Verhalten überhaupt nicht Gegenstand eines schuldrechtlichen Vertrages sein könne. Dieser Einwand ist zunächst vom Standpunkt des Privatrechts aus zu betrachten. Privatrechtlich gesehen, besagt er nichts anderes, als daß es sich bei dem den Gegensstand des Vollstreckungsvertrages bildenden Verhalten des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung überhaupt nicht um eine Leistung im Sinne von § 241 BGB handeln könne [9]).

Diesem Einwand steht jedoch der das bürgerliche Recht beherrschende Grundsatz der Vertragsfreiheit entgegen. Dieser Grundsatz besagt zweierlei: er bringt einmal zum Ausdruck, daß die Parteien nicht an die gesetzliche Regelung der einzelnen gesetzlichen Vertragstypen gebunden sind, sondern ihre Rechtsbeziehungen, soweit nicht ausnahmsweise zwingendes Recht entgegensteht, nach ihrem Willen abweichend vom Gesetz regeln können (Vertragsinhaltsfreiheit). Der Grundsatz der Vertragsfreiheit besagt weiterhin aber auch, daß auf manchen Rechtsgebieten, namentlich im Schuldrecht, die im Gesetz geregelten Vertragstypen keine geschlossene Zahl bilden, daß vielmehr durch den Parteiwillen neue Vertragsstypen geschaffen werden können (Vertragstypenfreiheit) [10]). Es soll nicht verkannt werden, daß vom Standpunkt heutigen Rechtsdenkens aus gewisse Bedenken gegen die schrankenlose Anerkennung des Gedankens der Vertragsfreiheit bestehen, aber diese Bedenken richten sich ausschließlich gegen die

---

[8]) Hellwig, Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft, S. 89; System I § 151 I (S. 451); ähnlich Reichenheim, S. 21, 41; Bülow, Geständnisrecht, S. 22, 23 Anm. 2; ArchZivPr. 64, 69.

[9]) Vgl. hierzu insbes. Bülow, Geständnisrecht, S. 22, 23, Anm. 2.

[10]) Siber, JheringsJ. 70, 225, 228.

erste Seite der Vertragsfreiheit, gegen die Vertragsinhaltsfreiheit[11]). Soweit der Grundsatz der Vertragsfreiheit besagt, daß die Parteien neue Vertragstypen schaffen können, wird dieser Gedanke — zum mindesten für das Schuldrecht — auch im nationalsozialistischen Staat weiterhin Geltung beanspruchen müssen.

Es ist daher — vom Standpunkt des Privatrechts aus — nicht einzusehen, weshalb die Parteien nicht auch ihr Verhalten im Prozeß (Zwangsvollstreckung) zum Gegenstand vertraglicher Bindungen sollten machen können. Der Begriff „Leistung", den das BGB im § 241 zur Umschreibung des Forderungsrechtes verwendet, ist denkbar weit und umfaßt schlechthin jedes Verhalten des Schuldners, zu welchem er kraft des Schuldverhältnisses verpflichtet ist[12]). Daß die Leistung auch in einem Unterlassen bestehen kann, wird durch § 241 S. 2 BGB ausdrücklich klargestellt. Unerheblich in diesem Zusammenhang ist, daß das geschuldete Verhalten auf öffentlichrechtlichem Gebiete liegt[13]). Denn bei der Auswahl des Gegenstandes des schuldrechtlichen Vertrages haben die Parteien lediglich drei Schranken innezuhalten[14]):

a) die versprochene Handlung — beim Vollstreckungsvertrag also die versprochene Unterlassung — muß überhaupt der Rechtssphäre angehören[15]);
b) sie muß möglich sein[16]), und
c) sie darf nicht rechtlich verboten sein[17]).

Daß das im Vollstreckungsvertrag versprochene Verhalten des Gläubigers in der Rechtssphäre liegt, bedarf keiner näheren Darlegung. Einer genaueren Prüfung bedarf dagegen, ob die versprochene Leistung möglich und rechtlich erlaubt ist.

Sicher ist zunächst, daß es der Gläubiger völlig in seiner Hand hat, ob er überhaupt aus dem erlangten Vollstreckungstitel die Zwangsvollstreckung betreiben will. Ebenso steht es völlig in seinem Belieben, in welchem Umfange er Vollstreckungsmaßnahmen durchführen will. Nirgends gibt es eine Vorschrift, die den Gläubiger zwänge, die Zwangsvollstreckung zu betreiben[18]). Das Gesetz duldet also das im Vollstreckungsvertrag versprochene Verhalten

---

[11]) Vgl. z. B. die Angriffe von Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht, S. 8, 15, 17; Vom alten zum neuen Schuldrecht, insbes. S. 14, 15, 62, 63.

[12]) Vgl. v. Tuhr, II 2, S. 53; ferner Planck-Siber, § 241, 2; Wendt, S. 8 ff.

[13]) Vgl. Oertmann, § 241, 6 (ausdrücklich gegen Hellwig).

[14]) Vgl. auch RGZ. 102, 221: „Eine schuldrechtliche Verpflichtung kann zu jeder Handlung, die möglich und rechtlich erlaubt ist, übernommen werden."

[15]) Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 1 IV 2.

[16]) Vgl. insbes. hinsichtlich der Unterlassungsverträge: Lehmann, Unterlassungspflicht, S. 156, 232 ff.; Wendt, 53 ff.

[17]) Vgl. Lehmann, a. a. O., S. 136, 155; Wendt, a. a. O., S. 27, 38.

[18]) Roquette, S. 161; Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 94; v. Tuhr I, S. 327.

des Gläubigers. Es überläßt dem Gläubiger die Wahl des Zeitpunktes der Vollstreckung wie auch der zu ergreifenden Vollstreckungsmaßnahmen.

Allerdings eine Einschränkung ist zu machen. Nur dasjenige vollstreckungsrechtliche Verhalten, das völlig in den Willen des Gläubigers gestellt ist, kann Gegenstand eines Vollstreckungsvertrages sein. Zwar gibt es im Zivilprozeß nur ausnahmsweise Handlungspflichten [19]). Aber das Prozeßrecht enthält zwingende Vorschriften, die befolgt werden müssen, wenn jemand einen prozessualen (vollstreckungsrechtlichen) Erfolg erzielen will. Der Gläubiger hat zwar volle Freiheit, ob er vollstrecken, in welchem Umfang er vollstrecken, welche der verschiedenen ihm zur Wahl gestellten Vollstreckungsarten er wählen will. Hat er sich aber für eine bestimmte Vollstreckungsmaßnahme entschieden, dann hat er keinen Einfluß darauf, wie das Vollstreckungsverfahren durchgeführt wird. Das bei der Zwangsvollstreckung zu beobachtende Verfahren bestimmt allein das Gesetz. Ob der Gläubiger den Schuldner zum Offenbarungseid laden will, ist seiner Entscheidung überlassen. Hat er aber einen dahingehenden Antrag gestellt, dann kann er seinen Antrag nicht dahin einschränken, daß der Schuldner nur einen bestimmten Teil seines Vermögens zu offenbaren habe. Denn abgesehen von gewissen, im Gesetz ausdrücklich genannten Fällen, hat der Schuldner grundsätzlich sein gesamtes Vermögen zu offenbaren. Das im Vollstreckungsvertrag versprochene Verhalten des Gläubigers darf also nicht auf eine Abänderung des Verfahrens gerichtet sein. In diesem Falle wäre die versprochene Leistung rechtlich nicht erlaubt und damit zugleich unmöglich [20]). Prüfen wir unter diesem Gesichtspunkt die in § 2 oben gebildeten Beispiele von Vollstreckungsverträgen, so müssen wir feststellen, daß die in den Beispielen 10—12 getroffenen Vereinbarungen ungültig sind, weil sie auf Abänderung gesetzlicher Vorschriften hinauslaufen [21]).

In allen anderen Fällen von Vollstreckungsverträgen dagegen, in denen eine Abänderung gesetzlicher Vorschriften nicht in Frage steht, sind irgendwelche privatrechtlichen Verbote, die der Gültigkeit entgegenstehen könnten, nicht ersichtlich [22]). Selbstverständlich ist, daß beim Vollstreckungsvertrag wie bei allen anderen Verträgen die durch § 138 BGB gezogenen Schranken zu be-

[19]) Vgl. zu dieser Streitfrage: Hellwig, System 1, S. 400 ff.; Rosenberg, § 32 II 3 b. Eine prozessuale Pflicht wird zweifellos z. B. durch den durch die Novelle von 1933 eingefügten § 138 Abs. 1 begründet.

[20]) Beides fällt häufig zusammen; vgl. Lehmann, Unterlassungspflicht, S. 238.

[21]) Ebenso H. Müller, S. 49 ff.; vgl. auch Kohler, Ges. Beiträge, S. 173; Niese, S. 72, 73; OLG. Dresden, Rspr. 13, 199; a. A. bezüglich der Vereinbarung über die Eintragung in das Schuldnerverzeichnis (Beispiel 12) Fraeb, S. 104.

[22]) Vgl. Kohler, Ges. Beitr., insbes. S. 159 ff., 163 ff., 172; Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 94, 95; Sintenis, S. 400, 401.

achten sind. Es ist denkbar, daß einmal ein solcher Vertrag gegen die guten Sitten verstößt, etwa wegen zu starker Bindung des Gläubigers (Ausnutzung des wirtschaftlichen Übergewichts des Schuldners). Derartige Ausnahmefälle müssen hier außer Betracht bleiben. Grundsätzlich ist vielmehr folgendes festzustellen:

Da das Gesetz eine Selbstbeschränkung des Gläubigers in der Art der Ausnutzung seines Vollstreckungstitels duldet, ist davon auszugehen, daß von der Seite des Privatrechts her nichts im Wege steht, die gleiche Beschränkung des Gläubigers auch durch vertragliche Bindung herbeiführen.

2. Es handelt sich somit nun nur noch darum, ob etwa die Entscheidung des Prozeßrechts bezüglich der Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen negativ ausgefallen ist.

a) Der oben bereits von der privatrechtlichen Seite her erörterte Einwand, daß privatrechtliche Verträge über prozessuale Befugnisse ein widersinniger Begriff seien[23]), stellt sich zugleich auch als Einwand vom Standpunkt des Prozeßrechts dar. Denn prozeßrechtlich gesehen wird damit nichts anderes gesagt, als daß die Natur des Prozeßrechts als eines Teils des öffentlichen Rechts es verbiete, es zum Gegenstand privatrechtlicher Verträge zu machen[24]). Diese Ansicht erscheint nicht zutreffend. Richtig ist allerdings, daß grundsätzlich davon ausgegangen werden muß, daß öffentlichrechtliche Beziehungen der Einflußnahme des Privatwillens, und zwar auch einer nur schuldrechtlichen Einflußnahme entzogen sind. Der Grund für dieses Verbot ist aber nicht in der bloßen Tatsache, daß es sich um öffentliches Recht handelt, zu suchen, sondern in der Erwägung, daß das staatliche Interesse eine derartige private Einflußnahme grundsätzlich nicht gestatten kann. Ob das der Fall ist, ist im Einzelfall aber erst zu prüfen. Nehmen wir nun diese Prüfung bezüglich der prozessualen (vollstreckungsrechtlichen) Betätigung der Parteien vor, so müssen wir feststellen, daß hier das staatliche Interesse in gewisser Weise zurücktritt. Das staatliche Interesse erschöpft sich hier, abgesehen von besonderen Verfahrensarten, in der Sicherung gewisser Grundzüge des Verfahrens[25]). Mit der Schaffung einer sicheren Möglichkeit für die Verwirklichung des privaten Rechts ist die Grenze des staatlichen Interesses erreicht[26]). Die Ausnutzung dieser Möglichkeit durch die Parteien liegt jenseits dieser Grenze. Das Gesetz geht davon aus, daß sich die Parteien hier von der Abwägung ihrer privaten Interessen leiten lassen. Diese Erkenntnis zwingt zu der Folgerung, daß eine private Einflußnahme auf die dem öffentlichen

[23]) Vgl. die in Anm. 8 dieses Paragraphen genannten Schriftsteller.
[24]) Vgl. insbes. Reichenheim, S. 22.
[25]) Baumbach, Einl., S. 10.
[26]) Vgl. hierzu Niese, S. 64; Barz, S. 10; auch Walsmann, Prozeßzweck, S. 416.

Recht angehörende Vollstreckungsmöglichkeit nicht schlechthin unzulässig ist[27]).

Eng mit dem eben erörterten Einwand hängt es zusammen, wenn Reichenheim[28]) behauptet, das Prozeßrecht sei ein dem materiellen Recht übergeordnetes Recht, weil es zu dessen Durchsetzung bestimmt sei, und es könne aus diesem Grunde nicht zum Gegenstand einer untergeordneten Rechtskategorie gemacht werden. Eine derartige Höherbewertung des Prozeßrechts ist dem geltenden Recht fremd[29]). Im Schrifttum wird eher sogar der entgegengesetzte Standpunkt vertreten, daß nämlich das Prozeßrecht dem Privatrecht gegenüber nur ein untergeordnetes, sekundäres Gebilde sei[30]). Eine derartige Wertung hinsichtlich des Verhältnisses der beiden Rechtsgebiete zueinander erscheint jedoch überhaupt unzulässig. Privatrecht und Prozeßrecht stehen in ständigen wechselseitigen Beziehungen zueinander. Eins ist ohne das andere nicht denkbar. Keins kann daher dem anderen übergeordnet sein.

Nur eines kurzen Eingehens bedarf es auf einige andere Einwände, die vom Prozeßrecht her gegen die Zulässigkeit eines Vollstreckungsvertrags erhoben werden könnten[31]).

b) Man könnte einmal in ähnlicher Weise wie namentlich in Bezug auf das Klagezurücknahmeversprechen[32]) auch in Bezug auf den Vollstreckungsvertrag einwenden, man ließe damit einen Konventionalprozeß zu. Ein solcher Einwand wäre unberechtigt. Da der Vollstreckungsvertrag gar nicht unmittelbar in das Verfahren eingreift, wird durch ihn kein vom Gesetz abweichendes Verfahren geschaffen und somit auch nicht gegen das unserem Prozeßrecht unzweifelhaft zu entnehmende Verbot des Konventionalprozesses[33]) verstoßen.

c) In engem Zusammenhang mit dem soeben erörterten Einwand stehen auch die von Wurzer erhobenen Bedenken. Wurzer, der zwar die gegenständlich und umfänglich beschränkenden Vollstreckungsverträge für gültig hält[34]), wendet gegen die Zulässigkeit der zeitlich beschränkenden Verträge ein, daß dadurch der Urteilsinhalt geändert werde[35]). Wenn rechtskräftig ausgesprochen sei, daß der Beklagte an den Kläger zahlen solle, so sei damit

---

[27]) So auch RGZ. 102, 222 = JW. 1921, 1245 (ohne nähere Begründung); Mendelssohn-Bartholdy, JW. 1921, 1244.

[28]) S. 5.

[29]) Barz, S. 16.

[30]) Wach, Handb. I S. 4; Oertmann, Grundriß S. 2; Kisch I S. 7; Hedemann S. 369.

[31]) Erhoben sind sie, soweit ersichtlich, nirgends.

[32]) Hellwig, Prozeßhandlung, S. 88; System I § 151 (S. 450); Bülow, Arch.Ziv.Pr. 64, 62 ff., insbes. 66; Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 311, 312.

[33]) Vgl. das oben § 4 S. 26, 27 Gesagte.

[34]) S. 449.

[35]) S. 446.

ausgesprochen, daß der Gläubiger zur Zwangsvollstreckung befugt sei. Ein gegenteiliger Wille der Parteien komme demgegenüber nicht in Betracht; denn das Gesetz, nicht der Wille der Parteien bestimme den Inhalt des Urteils. Wenn das Gesetz sich nicht selbst seines Ansehens berauben wolle, könne es nicht zulassen, daß den Parteien die Macht zustände, durch eine dem Urteil vorausgehende Abmachung dem Urteil einen Inhalt zu geben, der den Willen des Staates in sein Gegenteil verkehre. Auch diese Ansicht übersieht, daß der Vollstreckungsvertrag als eine rein schuldrechtlich wirkende Abmachung den Bestand — und damit auch den Inhalt — des Urteils in keiner Weise antastet. Den gleichen Fehler wie Wurzer begeht auch Dittrich[36]), dessen Einwände auch nur insoweit Berechtigung haben, als er sich gegen die unmittelbare Wirkung des Vollstreckungsvertrages wendet.

d) In gleicher Weise verfehlt wäre es, wenn man gegen die Zulässigkeit des Vollstreckungsvertrages — ähnlich wie im Schrifttum in Bezug auf das Klagezurücknahmeversprechen[37]) — einwenden wollte, der Vollstreckungsvertrag sei von der Prozeßordnung nicht mit Wirkung ausgestattet worden und daher nichtig. Ein derartiger Einwand würde übersehen, daß der Vollstreckungsvertrag ein schuldrechtlicher Vertrag ist, der seine Wirkungen lediglich dem Privatrecht entnimmt. Es kann infolgedessen in keiner Weise Aufgabe des Prozeßrechts sein, den Vollstreckungsvertrag mit Wirkung auszustatten. Lediglich darum handelt es sich, ob das Prozeßrecht etwa die aus dem materiellen Recht entspringende Wirkung verbietet[38]). Das aber ist auf Grund des bereits Gesagten und der noch unten unter e) zu machenden Ausführungen zu verneinen.

e) Die Tatsache, daß die Betreibung der Zwangsvollstreckung Ausübung einer prozessualen Möglichkeit ist, zwingt schließlich noch zur Stellungnahme zu einer Ansicht, die von Hellwig vertreten worden ist. Hellwig sagt[39]): „Auch da, wo das Gesetz den Parteien gestattet, auf konkrete gegenwärtige Befugnisse durch Erklärung an das Gericht zu verzichten, ist das Versprechen, dies künftig tun zu wollen, ebenso nichtig wie die Erklärung, die künftigen Befugnisse so auszuschließen, daß sie nicht zur Entstehung gelangen". Noch deutlicher sagt er an einer anderen Stelle[40]), der Gesetzgeber gestatte zwar der Partei, in bestimmten Prozeßlagen frei zu wählen, ob auf dem von ihm vorgesehenen Wege oder in einer von diesem abweichenden Art prozediert werden solle; dies setze aber immer voraus, daß die vom Gesetz gemeinte prozessuale Situation bereits vorhanden sei, so daß die

[36]) S. 21 ff., 30 ff.
[37]) Vgl. Hellwig, Lehrb. I § 27 Anm. 7; Bülow, ArchZivPr. 64, 61 ff.
[38]) Ebenso in Bezug auf das Klagezurücknahmeversprechen, Barz S. 16.
[39]) System I, § 151 I (S. 450).
[40]) Prozeßhandlung, S. 88; ähnlich Reichenheim, S. 19.

Folgen klar übersehen werden könnten, und nur unter diesen Voraussetzungen könne dann die Prozeßhandlung wirksam vorgenommen werden. Da Hellwig zweifellos nicht nur die Fälle im Auge hat, in denen das Gesetz den Verzicht auf eine prozessuale Möglichkeit durch Erklärungen gegenüber dem Gericht ausdrücklich gestattet, sondern auch die, in denen es in der Macht der Parteien steht, von einer prozessualen Möglichkeit Gebrauch zu machen oder nicht, ohne daß das Nichtgebrauchmachen dem Gericht gegenüber zu erklären ist, ist den Hellwigschen Ausführungen der allgemeine Gedanke zu entnehmen, daß eine schuldrechtliche Beschränkung der aus einer Prozeßlage erwachsenden prozessualen Möglichkeit vor Eintritt der betreffenden Prozeßlage unzulässig sei.

Das Schrifttum zum Vollstreckungsvertrag hat sich, soweit ersichtlich, mit dieser Hellwigschen Ansicht nirgends auseinandergesetzt. An ihr kann jedoch nicht vorbeigegangen werden. Denn folgt man Hellwig in diesem Punkte[41]), so muß man notwendig zu dem Ergebnis gelangen, daß nur solche Vollstreckungsverträge gültig sein können, die nach Erlaß des Urteils, genau genommen sogar erst nach Rechtskraft des Urteils (denn erst dann entsteht, soweit das Urteil nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt ist, die Vollstreckungsmöglichkeit) abgeschlossen sind. Alle vor diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Verträge — und dieser Gruppe kommt, wie die Ausführungen in § 3 gezeigt haben, eine gleich große Bedeutung zu — würden unzulässig sein, weil die Vollstreckungsmöglichkeit in diesem Zeitpunkte noch nicht besteht.

Gegen die Richtigkeit der Hellwigschen Ansicht — wenigstens in dieser allgemeinen Form — bestehen jedoch erhebliche Bedenken. Hellwig hat auch mit seiner Auffassung durchaus nicht überall Anerkennung gefunden. So wird vom Reichsgericht in einer das Klagezurücknahmeversprechen betreffenden Entscheidung[42]), die Ausgangspunkt einer ständigen Rechtsprechung geworden ist[43]), die Hellwigsche Ansicht glattweg als „aus der geltenden Prozeßordnung nicht zu begründen" abgelehnt[44]).

Welcher innere Grund läßt sich für die Hellwigsche Auffassung, durch die dem Parteiwillen derartige Schranken gezogen werden, anführen? In neuester Zeit hat Barz[45]), der Hellwig mit sehr beachtlichen Gründen beigetreten ist, die Hellwigschen Sätze zu vertiefen versucht. Er führt u. a. aus: „Der Prozeß ist ein Verfahren, das, mit der Klageerhebung beginnend, sich auf einer Aufeinanderfolge einzelner Handlungen aufbaut, bis es sein Ziel erreicht hat. Diese Aufeinanderfolge der Prozeßhandlungen ergibt

41) Vgl. auch Hellwig, Recht 1910, 713.
42) RGZ. 102, 217 (221) = JW. 1921, 1244.
43) Vgl. Barz S. 47, 48.
44) Gegen Hellwig auch: Mendelssohn-Bartholdy JW. 1921, 1244.
45) S. 12, 13.

sich aus Gesetzen der Logik: auf das Behaupten folgt das Bestreiten, auf das Bestreiten der Beweisantrag, darauf die Beweisanordnung, dann die Beweisaufnahme und schließlich die richterliche Würdigung des Beweisergebnisses. Erst wenn die vorhergehende Handlung vorgenommen ist, ist die prozessuale Lage für die Vornahme der späteren gegeben . . . Diese Auslösung der einzelnen Entwicklungsstufen geschieht im Prozeß nicht mechanisch, so daß er, einmal angestoßen, nunmehr von selbst weiterlaufen würde. Vielmehr beruht jede neue Wirkung auf einem Willensakt der Parteien oder des Gerichts. Ist eine neue Situation eingetreten, so soll auf ihrer Grundlage die Partei entscheiden, wie sie diese Situation weiter entwickeln will. Es widerspräche dem Wesen des Prozesses als eines Verfahrens, d. h. einer geordneten Aufeinanderfolge einzelner Handlungen, wenn vor Eintritt einer prozessualen Lage bereits feststünde, welche der möglichen Weiterungen aus ihr gezogen würde... Als gesetzlich gewollter und vorgeschriebener Zustand kann vielmehr nur die Freiheit der Partei zur Entscheidung auf Grund einer eingetretenen prozessualen Situation angesehen werden."

Es mag dahingestellt bleiben, ob diese auf logisch-begrifflichen Erwägungen aufbauenden Gründe grundsätzlich zutreffen. Jedenfalls können sie — selbst, wenn man ihnen grundsätzlich folgt, — für die Vereinbarung der Parteien über die Ausnutzung der Vollstreckungsmöglichkeit keine Geltung beanspruchen. Entscheidend ist hierfür die Tatsache, daß die durch die Vollstreckungsmöglichkeit geschaffene prozessuale Lage keine Entwicklungsstufe innerhalb eines Verfahrens, sondern den Ausgangspunkt eines neuen Verfahrens darstellt. Wenn auch die Zwangsvollstreckung ein Teil des gerichtlichen Rechtsschutzverfahrens ist, so bilden doch Erkenntnisverfahren (Prozeß im engeren Sinne) und Vollstreckungsverfahren keine prozessuale Einheit. Das Zwangsvollstreckungsverfahren ist niemals Bestandteil des Prozesses im engeren Sinne, was sich schon daraus ergibt, daß es Zwangsvollstreckungsverfahren gibt, denen kein Erkenntnisverfahren vorausgegangen ist, und umgekehrt Erkenntnisverfahren, denen kein Zwangsvollstreckungsverfahren nachfolgt. Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckungsverfahren sind vielmehr ganz selbständige und voneinander unabhängige Verfahren [46]). Der von Barz näher entwickelte innere Grund der Hellwigschen Ansicht trifft also hinsichtlich der durch die Vollstreckungsmöglichkeit geschaffenen prozessualen Lage überhaupt nicht zu; denn, ist der Vollstreckungsauftrag des Gläubigers nicht eine Prozeßhandlung innerhalb einer logisch geordneten Aufeinanderfolge verschiedener Prozeßhandlungen, sondern genau so wie auch die Klageerhebung Ausgangspunkt eines neuen Verfahrens, so besteht kein Anlaß, die volle Entscheidungs-

[46]) Rosenberg, § 175 II.

freiheit des Gläubigers bezüglich der Ausnutzung des Vollstreckungstitels erst von der Entstehung der Vollstreckungsmöglichkeit abhängig zu machen. Der Gläubiger ist imstande, schon vor Erlangung des Vollstreckungstitels die prozessuale Lage, die sich an die Erlangung des von ihm begehrten Titels knüpft, in vollem Umfange zu überblicken und die Tragweite seiner Entschließungen hinsichtlich der Ausnutzung des Vollstreckungstitels zu erkennen. Bedenkt man schließlich noch, daß eine derartige vorherige Entschließung des Gläubigers geradezu einem wirtschaftlichen Bedürfnis entsprechen kann (vgl. oben § 3), so kann nicht zugegeben werden, daß das Prozeßrecht dem Abschluß eines Vollstreckungsvertrages v o r Entstehung der Vollstreckungsmöglichkeit irgendwie entgegenstehe.

Ergebnis:

Weder aus dem materiellen Recht noch aus dem Verfahrensrecht lassen sich Bedenken gegen die Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen mit rein schuldrechtlicher Wirkung herleiten. Vollstreckungsverträge schuldrechtlicher Natur sind daher — mit der im Ergebnis übereinstimmenden herrschenden Ansicht[47]) — als gültig anzuerkennen. Das gilt auch, wie hier bereits festgestellt werden soll, hinsichtlich der in Bezug auf das Offenbarungseids- und Konkursverfahren abgeschlossenen Vollstreckungsverträge. Auf die besonderen Bedenken, die gegen die Zulässigkeit dieser Verträge vorgebracht worden sind, wird im folgenden noch eingegangen werden.

---

[47]) F ü r Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen (nicht immer unter Hervorhebung der nur schuldrechtlichen Wirkung):

Bartels, JW. 1933, 2849; 1934, 1229; Baumbach, 2 C II b vor § 704; Behrends, S. 19; Blomeyer, JW. 1933, 1904; Lehrb. § 10, IV 2; Büttner, S. 33; Dackweiler, JW. 1934, 1155; Falkmann, S. 394, 395; Förster-Kann, 11 b vor § 704; Geib, 172 ff.; Hamburger, S. 72, 85; W. Hein, S. 144 Anm. 1; Hellwig, Recht 1910, 729, 730 (einschränkend); Hellwig-Oertmann, S. 147, 195; Hommel, S. 64; Kann, ZZP. 58, 429; Kohler, Ges. Beitr. S. 165, 166; JheringsJ. 16, 112/13; Holtzendorff-Kohler, II S. 104, Prozeß als Rechtsverhältnis, S. 94, 117; Arch.Ziv.Pr. 80 S. 152, 162, 195; Laue, JW. 1934, 675; Lewinsohn, S. 117 ff.; Mayer, ZZP. 53, 245; H. Müller, S. 51; Oertmann, 6 vor § 242 (anders noch in „Vollstreckungsgegenklage", S. 221); Petersen-Anger, § 704 5 a. E.; Roquette, S. 161 ff.; Rosenberg, § 186 III 3; Schultz, Vollstreckungsbeschwerde S. 382; Seldt, S. 49; Seuffert-Walsmann, 1, VI vor § 704; Sintenis, S. 401; Stein-Jonas, VI, vor § 704; v. Tuhr, I S. 327; Weidert, S. 38; Weismann, II S. 96. — Vgl. ferner die in § 4 Anm. 16 genannten Schriftsteller, die im Vollstreckungsvertrag einen Verzicht auf den Vollstreckungsanspruch erblicken.

RG.: RGZ. 36, 249; 46, 334 ff.; JW. 1901, 122; 1910, 709; Seuff.Arch. 44, 375; 56, 214; BayRpfl. 1907, 46; Recht 1911 Nr. 3346; JW. 1933, 2210; BayObLG., Seuff.Arch. 54, 117; OLG. Breslau, JW. 1930, 3345; OLG. Colmar, LZ. 1912, 410; OLG. Darmstadt, Seuff.Arch. 63 Nr. 125 (= Rspr. 19, 225); OLG. Dresden, Sächs.Arch. 1892, 171; Rspr. 11, 107; 13, 198; 25, 163; OLG. Hamburg, Seuff.Arch. 47 Nr. 174; Rspr. 13. 219; 31. 144; OLG. Hamm, Rspr. 20. 339; KG. Rspr. 14, 94; 33. 129; OLG. Karlsruhe, Zs.d.Bad.AnwK. 4. 32; Bad.R.Prax. 1900. 225; Rspr, 13. 188; OLG. Köln, RheinArch. 98. 102; OLG. München, Rspr. 31, 92 (= SeuffArch. 70, 251); OLG. Stuttgart, Rspr. 39. 72 (= WürttJb. 29. 128); SeuffArch. 43, 474

§ 6.

Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen über Offenbarungseids- und Konkursverfahren?

Während die Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen, wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, in Schrifttum und Rechtsprechung zwar grundsätzlich bejaht wird, ist in zwei Einzelfällen die Zulässigkeit äußerst streitig. Es handelt sich um die Vollstreckungsverträge, die in Bezug auf das Offenbarungseids- und Konkursverfahren abgeschlossen werden.

Die einschneidenden Wirkungen der Offenbarungseidsleistung führen in der Praxis häufig zu einer Vereinbarung, daß der Gläubiger den Schuldner nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zum Offenbarungseid laden dürfe[1]). Eine derartige Vereinbarung ist nach Kohler direkt und indirekt unwirksam: „Denn der Zwang zum Offenbarungseid ist das ultimum refugium, er ist das letzte Mittel, um dem Schuldner die Verheimlichung und Entziehung von Vermögensgegenständen unmöglich zu machen“[2]). In ganz ähnlicher Weise begründet Hellwig-Oertmann die Unwirksamkeit damit, der Eideszwang bilde ein für die Erreichung des Vollstreckungszwecks vielfach unerläßliches letztes Auskunftsmittel, seine Wegbedingung würde Verschleppungen des Schuldnervermögens in gemeinschädlicher Weise begünstigen[3]). In der gleichen Richtung liegt es, wenn von Seuffert-Walsmann[4]) und Dittrich[5]) Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen § 138 BGB behauptet wird.

Ebenso wie die Vereinbarung bezüglich des Offenbarungseides soll auch der Vertrag, durch den sich der Gläubiger verpflichtet, gegen den Schuldner nicht den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens zu stellen, nach einer weitverbreiteten Ansicht unwirk-

---

(= WürttJb. 1. 267); LG. I Berlin, KGBl. 1911. 60; LG. III, Berlin, KonkTreuhw. 1930, S. 15 Nr. 4; LG. Bielefeld, JW. 1933, 1904; LG. Dresden, JW. 1933, 2849; ferner die bei Seestern-Pauly ZZP. 10, 511 angeführten Beschlüsse des LG. Altona und des LG. Kiel.

Die angeführten Entscheidungen bejahen die Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen vielfach stillschweigend.

Gegen Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen Dittrich, S. 30 ff.; Reichenheim S. 37 ff.; 63; Hellwig, Recht, 1910, S. 713 (einschränkend); Wurzer S. 446 (einschränkend S. 449).

Die Bedenken Goldschmidts, Prozeß als Rechtslage S. 311/312, beziehen sich anscheinend nur auf die Frage der unmittelbaren prozessualen Wirkung und enthalten keine Stellungnahme zu der Frage, ob eine rein schuldrechtliche Wirkung möglich ist.

[1]) Vgl. oben § 3 S. 12.

[2]) Ges.Beitr. S. 173; ebenso (ohne eigene Begründung) Dernburg, Preuß. Privatrecht II S. 262 Anm. 11.

[3]) S. 289.

[4]) § 807, 3.

[5]) S. 27/28.

sam sein. Auch hier ist die Unwirksamkeit namentlich von Kohler vertreten worden. Er behauptet, ein solcher Vertrag ginge dahin, „eine Regelung der Sachlage zu verhindern, welche nicht nur im Interesse des einzelnen Gläubigers, welche im Interesse der ganzen Gläubigerschaft, ja noch mehr, im allgemeinen öffentlichen Interesse" sei [6]). In ähnlicher Weise wie Kohler behauptet Oetker, das öffentliche Interesse erfordere es, daß bei Vorhandensein von Konkursgrund und Konkursvoraussetzungen der Konkurs auch wirklich stattfinde, dem Privatinteressenten werde durch Gewährung der Antragsbefugnis zugleich ein öffentliches Interesse anvertraut [7]). Auch eine ganze Reihe anderer Schriftsteller haben sich der Kohlerschen Ansicht mit im wesentlichen gleicher Begründung angeschlossen [8]). Die Rechtsprechung ist dieser Auffassung z. T. gefolgt [9]).

Die gegenüber den Vollstreckungsverträgen im Offenbarungseids- und Konkursverfahren erhobenen Bedenken erscheinen unbegründet.

Wenn die Zulässigkeit eines vertraglichen Ausschlusses des Offenbarungseids- und Konkursverfahrens geleugnet wird, andererseits aber — wie z. B. von Kohler [10]) — ausdrücklich anerkannt wird, daß die gesamte Zwangsvollstreckung für immer oder für bestimmte Zeit vertraglich ausgeschlossen werden kann, so liegt darin zunächst einmal ein unlösbarer Widerspruch. Denn Offenbarungseidsverfahren wie Konkursverfahren [11]) bilden einen Teil der gesamten Zwangsvollstreckung. Der vertragliche Ausschluß der gesamten Zwangsvollstreckung enthält daher, was anscheinend auch von keiner Seite bestritten wird, notwendig auch den Ausschluß des Offenbarungseids- und Konkursverfahrens [12]). Damit ist aber nicht in Einklang zu bringen die Behauptung, daß diese beiden Verfahren allein nicht durch Vertrag ausgeschlossen werden könnten [13]). Inwiefern sollen die Parteien zwar die Macht haben, das

[6]) Ges.Beitr. S. 173; vgl. daselbst auch S. 248 ff.; ferner Kohler, Konkursrecht S. 88.

[7]) S. 175.

[8]) Dernburg, Preuß. PrivR. II § 113 Anm. 18; Seuffert 134 Nr. 5; Fitting § 35 Anm. 5; Petersen-Kleinfeller § 105 Anm. 7; Hellmann S. 429; Sarvey-Bossert § 105 Anm. 6; Dittrich S. 24; Meyer § 103 III; anscheinend auch Geib S. 172 Anm. 3.

[9]) OLG. Colmar, LZ. 1910, 572.

[10]) Ges.Beitr. S. 248.

[11]) Vgl. hinsichtl. des Konkursverfahrens Jaeger, Lehrb. § 1 IV.

[12]) Ausdrücklich wird dies von Seuffert-Walsmann § 807, 3 a. E. zugegeben. Es heißt dort, daß der Schuldner dem Antrag auf Leistung des Offenbarungseides entgegenhalten könne, der Gläubiger habe durch Vertrag auf die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen verzichtet. Nicht aber, so heißt es weiter, könne der Schuldner entgegenhalten, der Gläubiger habe auf Leistung des Offenbarungseides verzichtet.

[13]) Ebenso bezgl. des Offenbarungseidsverfahrens: Lewinsohn S. 118; Fraeb S. 103; bezgl. des Konkursverfahrens: Jaeger § 103,3.

gesamte Verfahren, nicht aber auch einen Teil desselben vertraglich auszuschließen?

Sieht man von diesem Widerspruch einmal ab, so bleibt noch die Frage zu untersuchen, ob sich etwa aus der besonderen Natur des Offenbarungseids -und Konkursverfahrens Bedenken gegen die Zulässigkeit der erwähnten Vereinbarungen ergeben.

Wenn Kohler anführt[14]), der Zwang zum Offenbarungseid sei das letzte Mittel, um dem Gläubiger die Verheimlichung und Entziehung von Vermögensgegenständen unmöglich zu machen, so bleibt doch dabei noch immer die Frage offen, weshalb der Gläubiger sich nicht dieses letzten Mittels sollte begeben dürfen[15]). Keineswegs kann davon ausgegangen werden[16]), daß die Vereinbarung, der Schuldner dürfe nicht zum Offenbarungseid geladen werden, stets zu unlauteren Machenschaften des Schuldners führt. Natürlich sind Fälle denkbar, in denen der Schuldner nunmehr dem Gläubiger Vermögensstücke in dem Bewußtsein verheimlicht, der Gläubiger könne ihm ja auf Grund der Vereinbarung nicht durch Zwang — nämlich durch die Ladung zur Leistung des Offenbarungseides — zur Preisgabe dieser Vermögensstücke anhalten. Aber solche Fälle bilden doch nicht die Regel. Weiter ist zu bedenken, daß schließlich mit jedem Vollstreckungsvertrag ein Risiko für den Gläubiger verbunden ist. Das Risiko mag gerade bei der Vereinbarung bezüglich der Leistung des Offenbarungseides größer sein als in anderen Fällen, weil hier ein böswilliger Schuldner das Entgegenkommen des Gläubigers in besonders weitgehender Weise ausnutzen kann. Gleichwohl ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Gläubiger nicht auch dieses größere Risiko freiwillig soll auf sich nehmen können. Er mag sich die Person des Schuldners, der er sein Entgegenkommen zeigt, vorher ansehen.

Auch das öffentliche Interesse, auf das sich die Gegner — namentlich hinsichtlich des vertraglichen Ausschlusses des Konkursverfahrens — berufen, kann der Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen der geschilderten Art nicht entgegenstehen. Richtig ist, daß beim Offenbarungseidsverfahren und beim Konkursverfahren das öffentliche Interesse unmittelbar in ganz anderem Umfange beteiligt ist als bei der sonstigen Zwangsvollstreckung. Denn an diesen Verfahren haben nicht nur der betreibende Gläubiger, sondern auch die übrigen Gläubiger des Schuldners Anteil. Bezüglich des Konkursverfahrens, das ja gerade der gleichmäßigen Befriedigung sämtlicher Gläubiger dienen soll, bedarf dies keiner näheren Darlegung. Aber auch das Offenbarungseidsverfahren, das ja an sich nur einen Teil der Einzelvoll-

[14]) Vgl. Anm. 2.
[15]) Kann S. 429; OLG. Dresden, Rspr. 13. 199.
[16]) Wie dies z. B. Dittrich S. 27/28 tut.

streckung darstellt, hat gewisse Wirkungen für die übrigen Gläubiger. Die Leistung des Offenbarungseides wirkt insofern gegen sämtliche Gläubiger, als der Schuldner 5 Jahre lang nach der Eidesleistung den anderen Gläubigern gegenüber grundsätzlich (Ausnahme: neuer Vermögenserwerb) nicht zur nochmaligen Leistung des Eides verpflichtet ist (§ 903). Die übrigen Gläubiger sind während dieses Zeitraums lediglich auf das Recht zur Einsichtnahme in das Schuldnerverzeichnis beschränkt (§ 915 II).

Durch den Vollstreckungsvertrag werden aber die Interessen der anderen Gläubiger unmittelbar in keiner Weise berührt; denn jeder Gläubiger kann sich ja nur bezüglich der ihm verliehenen prozessualen Möglichkeit, zum Offenbarungseid zu laden oder Konkursantrag zu stellen, vertraglich binden. Den anderen Gläubigern steht es völlig frei, von dem Schuldner gleichwohl die Leistung des Offenbarungseides zu fordern oder Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens gegen ihn zu stellen.

Allerdings darf nicht übersehen werden, daß das öffentliche Interesse durch den Abschluß eines Vollstreckungsvertrages bezüglich des Offenbarungseids- oder Konkursverfahrens, wenn auch nicht unmittelbar, so doch mittelbar in gewisser Weise berührt werden kann. Offenbarungseidsverfahren und Konkursverfahren stellen beide die letzten und schwersten Maßnahmen der Zwangsvollstreckung dar. Fast ausschließlich sind es Geschäftsleute, denen gegenüber zu diesen Maßnahmen gegriffen wird. Erforderlich werden diese Maßnahmen in der Regel aber erst dann, wenn der Schuldner am Ende seiner Kräfte angelangt ist, wenn der Zusammenbruch seines geschäftlichen Unternehmens unvermeidlich scheint. Fordert in diesem Zeitpunkt, in dem das geschäftliche Unternehmen des Schuldners nur noch ein Scheindasein führt, wirtschaftlich aber keine Daseinsberechtigung mehr besitzt, der Gläubiger vom Schuldner den Offenbarungseid, so bedeutet das infolge der damit verbundenen Kreditabschneidung in der Regel den Zusammenbruch. Noch viel mehr gilt das von der Eröffnung des Konkursverfahrens. Wirtschaftlich betrachtet liegt es nun aber in Fällen, in denen Aussicht auf wirtschaftliche Gesundung des Schuldners nicht besteht, oft im Interesse sämtlicher Gläubiger, wenn es zu diesem Zusammenbruch möglichst bald kommt. Meist ist dann für die Gläubiger mehr zu retten, als wenn der Schuldner sich noch eine Zeitlang über Wasser hält, immer neue Kredite in Anspruch nimmt und in immer größere Schwierigkeiten gerät, bis es dann schließlich doch zu dem eben unvermeidlichen Zusammenbruche kommt. Das auf dem Abschluß eines Vollstreckungsvertrages

beruhende Unterlassen der Ladung zum Offenbarungseid oder des Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens kann daher eine wirtschaftliche Schädigung der übrigen Gläubiger zur Folge haben, insbesondere, wenn diese — anders als der durch den Vollstreckungsvertrag gebundene Gläubiger — keine Ahnung von der schlechten Vermögenslage des Schuldners haben und deshalb nicht zu den letzten und schwersten Maßnahmen der Zwangsvollstreckung greifen. So gesehen kann in der Tat ein Interesse der Gesamtheit an der Leistung des Offenbarungseides oder dem Stattfinden des Konkursverfahrens vorliegen. Möglicherweise sind es solche Erwägungen, die den Ausführungen von Kohler und insbesondere von Oetker über das öffentliche Interesse am Stattfinden des Konkurses[17]) zugrunde liegen.

Zwingen diese Erwägungen nun aber wirklich dazu, die Zulässigkeit derartiger Vollstreckungsverträge zu verneinen?

Zunächst einmal ist zu bedenken, daß es zahlreiche Fälle gibt, in denen das öffentliche Interesse die Leistung des Offenbarungseides bezw. das Stattfinden des Konkurses nicht fordert, in denen vielmehr das Unterbleiben dieser Vollstreckungsmaßnahmen im öffentlichen Interesse liegt. Oft sind es nur vorübergehende wirtschaftliche Schwierigkeiten, in denen sich der Schuldner befindet, Schwierigkeiten, deren er Herr werden kann, wenn ihm der Gläubiger eine gewisse Schonzeit gewährt. In solchen Fällen kann durch dass Versprechen, den Offenbarungseid nicht zu fordern oder Konkursantrag nicht zu stellen, der Zusammenbruch nicht nur hinausgeschoben, sondern für immer verhindert werden. Daß das im Interesse sämtlicher Gläubiger und damit auch im öffentlichen Interesse liegt, bedarf keiner Darlegung. Es wird sich sogar bei den Vollstreckungsverträgen in der Regel um solche Fälle handeln (vgl. die Ausführungen in § 3). Denn der Gläubiger wird gewöhnlich nur dem Schuldner ein derartiges Entgegenkommen zeigen, zu dem er das Zutrauen hat, er werde vorübergehender Schwierigkeiten wieder Herr werden. Es kann daher keine Rede davon sein, daß die Leistung des Offenbarungseides und das Stattfinden des Konkursverfahrens stets im öffentlichen Interesse liege, wie dies bezüglich des Konkurses namentlich von Kohler und Oetker behauptet worden ist[18]). Es ist also unzutreffend, daß der Abschluß eines Vollstreckungsvertrages bezüglich des Offenbarungseids- und Konkursverfahrens stets dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufe. Es besteht lediglich stets die bloße Möglichkeit, daß im einzelnen Falle einmal infolge des Abschlusses eines solchen Vertrages eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme gegen den Schuldner unterbleibt, die im Interesse aller Gläubiger liegt. Diese bloße Möglichkeit vermag es aber keinesfalls zu rechtfertigen,

[17]) Vgl. oben zu Anm. 6, 7 dieses Paragraphen.
[18]) Vgl. oben zu Anm. 6, 7 dieses Paragraphen.

solche Verträge schlechthin für unzulässig zu erklären. Denn diese bloße Möglichkeit besteht schließlich — mehr oder weniger entfernt — bei jedem Vollstreckungsvertrage. Die Abwendung einer jeden Vollstreckungsmaßnahme kann im Einzelfalle zur Folge haben, daß sich der Schuldner noch eine Zeitlang über Wasser hält, und kann somit infolge des lediglich hinausgeschobenen wirtschaftlichen Zusammenbruchs des Schuldners im Endergebnis zu einer Schädigung sämtlicher Gläubiger führen. Das Versprechen des Gläubigers, eine Zeitlang überhaupt nicht zu vollstrecken oder bestimmte Warenvorräte nicht zu pfänden, kann für die übrigen Gläubiger wirtschaftlich genau den gleichen schädigenden Erfolg haben wie das Versprechen, den Offenbarungseid nicht zu fordern oder keinen Konkursantrag zu stellen. Die mehr oder weniger entfernte Möglichkeit der Schädigung anderer Gläubiger besteht schließlich überhaupt bei sehr vielen Rechtsgeschäften zwischen Gläubiger und Schuldner. Man denke nur an die bekannte Rechtsprechung des Reichsgerichts zu den Fragen der Kreditsicherung, insbesondere der Sicherungsübereignung. Wirtschaftlich gesehen, handelt es sich dabei um Vorgänge, die eine gewisse Ähnlichkeit mit den den Vollstreckungsverträgen zugrunde liegenden wirtschaftlichen Verhältnissen aufweisen. Denn auch die Kreditsicherungsverträge bezwecken häufig, dem Schuldner die Möglichkeit zu geben, sein Unternehmen wieder lebensfähig zu gestalten. Es ist daher für die Entscheidung der hier aufgeworfenen Frage von größter Bedeutung, daß das Reichsgericht ausdrücklich verneint hat, „daß Kreditsicherungsgeschäfte schon bei der entferntesten Möglichkeit einer Schädigung anderer Gläubiger als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden müßten“ [19]). Besonders deutlich wird die Parallele zwischen Vollstreckungsvertrag und Kreditsicherungsvertrag bei dem vom Reichsgericht geprägten Tatbestand der „Konkursverschleppung“ [20]), einem der verschiedenen Tatbestände, in denen das Vorgehen eines Sicherungsnehmers sittenwidrig gegenüber den anderen Gläubigern des Schuldners ist und daher nach § 826 BGB zum Schadensersatze verpflichtet. Eine solche Konkursverschleppung bejaht das Reichsgericht lediglich dann, wenn der Sicherungsnehmer aus eigennützigen Beweggründen den Schuldner zum Nachteil anderer Gläubiger von dem durch die Verhältnisse gebotenen alsbaldigen Antrag auf Konkurseröffnung abhält, z. B. durch gleichzeitige Gewährung eines für die Gesundung des Schuldners offenbar unzulänglichen und nur zur Verlängerung seines wirtschaftlichen Todeskampfes geeigneten neuen Kredits [21]). Die gleichen Grundsätze müssen auch für die Vollstreckungsverträge bezüglich des Offenbarungseids- und des

[19]) Warneyer 1915 Nr. 134 (S. 195).

[20]) RGZ. 136. 247 ff. (253); vgl. auch RG. VI 769/28 (erwähnt bei Weinhausen, JW. 1932, 2704).

[21]) RGZ. 136. 253.

Konkursverfahrens gelten. Die entfernte Möglichkeit der Schädigung anderer Gläubiger kann nicht ausreichen, diese Verträge für unzulässig zu erklären [22]). Sie sind vielmehr grundsätzlich für zulässig zu erachten. Allerdings bedarf es bei ihnen einer besonders strengen und sorgfältigen Prüfung, ob nicht ein Verstoß gegen § 138 BGB vorliegt. Ein solcher Verstoß wird namentlich dann zu bejahen sein, wenn der Vollstreckungsvertrag offensichtlich nicht den Zweck hat, dem Schuldner Hilfe zu bringen, sondern unter Außerachtlassung der Interessen der übrigen Gläubiger dem einen Gläubiger eigennützige Vorteile verschaffen soll [23]).

Das Ergebnis, daß die Vereinbarung, den Schuldner nicht zum Offenbarungseid zu laden oder nicht Konkursantrag zu stellen, grundsätzlich zulässig ist, entspricht auch der Ansicht eines großen Teils des Schrifttums sowie der ganz überwiegenden Ansicht der Rechtsprechung [24]) [25]).

Auch der Gesetzgeber selbst geht, worauf Jaeger hinweist [26]), in § 11 des Gesetzes betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen (RGBl. I, 1899, 691) anscheinend von der Zulässigkeit solcher Vereinbarungen aus.

Der Vollstreckungsvertrag über den Ausschluß des Konkursverfahrens steht natürlich der Beteiligung des Gläubigers an dem auf Grund des Antrags eines anderen Gläubigers eröffneten Konkursverfahren nicht entgegen [27]). Denn Zweck des Vollstreckungsvertrages ist es ja nur, die Antragsmöglichkeit des Gläubigers, nicht seine Beteiligungsmöglichkeit überhaupt auszuschließen.

---

[22]) Ähnlich (für das österreichische Recht) Rintelen S. 126 Anm. 2.

[23]) Vgl. zur Frage des Verstoßes gegen die guten Sitten auch H. Müller, S. 51.

[24]) Für Zulässigkeit eines Vollstreckungsvertrages bezüglich der Ladung zum Offenbarungseid: Blomeyer, JW. 1933, Bartels, JW. 1933, 2849; Baumbach, § 900, 4 c; Dackweiler, JW. 1934 ,1115; Förster-Kann, § 807, 4 b; Fraeb, S. 101—104; Francke, S. 89; Gmelin, S. 37; O. Hein, S. 579; Kann, S. 429; Huyke, S. 56, 109; Lewinsohn, S. 117; Lubowski, S. 19; H. Müller, S. 51/52; Queck, S. 84; Schultz, S. 382; Schwalm, S. 36, 37; Stein-Jonas, § 807, II 5; OLG. Dresden, Rspr. 13. 198; OLG. Hamburg, Rspr. 13. 219 u. 31. 144; Seuff.Arch. 47, 251; LG. I Berlin, KGBl. 1911, 60; LG. Bielefeld, JW. 1933, 1904; LG. Dresden, JW. 1933, 2849; Zweifelnd: Kreß, S. 550 Anm. 40.

[25]) Für Zulässigkeit eines Vollstreckungsvertrages bezügl. des Antrags auf Konkurseröffnung:
Jaeger, § 103, 3; Mentzel, § 103, 1; Seestern-Pauly, S. 511 (515); Wilmowski-Kurlbaum, § 105, 5; Wolff, § 105, 3; Sydow-Busch-Krieg, § 103, 2; anscheinend auch Reichel, S. 212; OLG. Darmstadt, Seuff.Arch. 63, Nr. 125 (= Rspr. 19. 226); OLG. Colmar, LZ. 1912, 410 (einschränkend); ferner die in ZZP. 10. 511 ff. wiedergegebenen Beschlüsse des LG. Altona und LG. Kiel; vgl. ferner LG. III Berlin, KonkTreuhw. 1930 S. 15 Nr. 4 (stillschweigender Ausschluß des Rechts, Konkursantrag zu stellen.).

[26]) § 103, 3.

[27]) Ebenso für das österreichische Recht: Rintelen, S. 126.

III. Teil.

§ 7.

Auslegungsfragen

Die Parteien haben zwar meistens eine klare Vorstellung von dem wirtschaftlichen Erfolg, den sie mit einer Vereinbarung anstreben. Die Feststellung, auf welchem rechtlichen Wege sie diesen Erfolg verwirklichen wollten, begegnet dagegen sehr häufig außerordentlichen Schwierigkeiten. Vielfach fehlt den Parteien hierüber jede klare Vorstellung. Die Frage der Auslegung der Parteivereinbarungen bedarf daher einer kurzen Erörterung.

Schwierigkeiten bei der Ermittlung des wahren Parteiwillens ergeben sich besonders dann, wenn es zweifelhaft ist, ob die Parteien durch ihre Vereinbarung materiellrechtlich auf den Anspruch oder lediglich auf die Vollstreckung einwirken wollten. Da sich der mit dem Vollstreckungsvertrag bezweckte wirtschaftliche Erfolg sehr häufig auch durch eine Hinausschiebung der Fälligkeit des materiellrechtlichen Anspruchs, also durch eine Stundung erreichen läßt, wird namentlich oft die Frage praktisch, ob die Vereinbarung der Parteien eine Stundung oder einen Vollstreckungsvertrag darstellt. Im wesentlichen ist diese Auslegungsschwierigkeit eine Frage des einzelnen Falles. Möglich sind infolgedessen nur einige grundsätzliche Bemerkungen.

Vorweg ist zu betonen, daß es zu derartigen Auslegungsschwierigkeiten durchaus nicht in allen Fällen kommen kann. Die Frage, ob die Parteien etwa in Wirklichkeit eine Stundung vereinbaren wollten, kann überhaupt nur da auftauchen, wo die Parteien eine Vereinbarung hinsichtlich der gesamten Vollstreckung treffen wollten, also nur bei den zeitlich beschränkenden Vollstreckungsverträgen. Denn da bei einem umfänglich oder gegenständlich beschränkenden Vollstreckungsvertrag die Vollstreckung in bestimmtem Umfange immer noch zulässig bleibt, läßt sich der mit einem solchen Vertrage erstrebte Zweck durch eine Stundung, die ja doch die Fälligkeit des Anspruchs hinausschieben und damit jede Vollstreckungsmöglichkeit ausschalten will, überhaupt nicht erreichen.

Auch bei denjenigen zeitlich beschränkenden Vollstreckungsverträgen, die vor Urteilserlaß geschlossen werden, kann es kaum zu Auslegungsschwierigkeiten kommen. Wollte man hier die Vereinbarung als eine Stundung des Anspruchs auffassen, so müßte der Beklagte diesen Einwand bereits der Klage entgegensetzen können. Das entspricht jedoch gerade nicht dem Parteiwillen, denn das dem Beklagten gezeigte Entgegenkommen wird ja in der Regel gerade von der Erlangung eines Vollstreckungstitels abhängig gemacht (vgl. oben § 3). Die Annahme einer durch Erlangung des Vollstreckungstitels aufschiebend bedingten Stundung in solchen Fällen würde reichlich gezwungen erscheinen.

Dagegen kann bei den nach Erlangung des Vollstreckungstitels von den Parteien hinsichtlich der gesamten Zwangsvollstreckung getroffenen Vereinbarungen häufig entweder eine Stundung des Anspruchs oder ein vertraglicher Ausschluß der Zwangsvollstreckung vorliegen. Haben die Parteien bei ihrer Vereinbarung nur Redewendungen allgemeiner Art gebraucht, hat z. B. der Gläubiger versprochen, er wolle eine bestimmte Zeitlang gegen den Schuldner nicht „vorgehen", so ist es kaum möglich, eindeutig festzustellen, ob diese Abrede sich auf den materiellen Anspruch selbst oder nur auf seine Geltendmachung beziehen soll. In solchen Fällen erscheint es am richtigsten, der Abrede sowohl materiellrechtliche als auch vollstreckungsrechtliche Bedeutung beizulegen[1]). Damit dürfte namentlich dem Interesse des Vollstreckungsschuldners am meisten gedient sein. Zwar besteht praktisch im großen und ganzen kein Unterschied; denn sowohl die Einrede der Stundung wie der Einwand aus dem zeitlich beschränkenden Vollstreckungsvertrag sind, wie im folgenden nachgewiesen werden wird, im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen. Erhebliche praktische Bedeutung erlangt die Unterscheidung jedoch z. B. im Offenbarungseidsverfahren. Stellt man sich hier auf den Standpunkt, daß die Parteien mit der Vereinbarung nicht nur eine Stundung, sondern zugleich auch eine Hinausschiebung der Erfüllung des Offenbarungspflicht gewollt haben, so wird dadurch die Möglichkeit geschaffen, die Einwendungen des Schuldners in dem weniger umständlichen Verfahren nach § 900 Abs. 3 zu berücksichtigen (vgl. unten § 12)[2]).

Daß in dem Ausschluß der gesamten Zwangsvollstreckung nach Erlangung des Vollstreckungstitels stets eine Stundung liege, wie zum Teil behauptet wird[3]), kann nicht zugegeben werden. Es ist sehr wohl denkbar, daß die Parteien mit ihrer Verein-

[1]) Auch Roquette, S. 163, ist der Ansicht, daß materielles und prozessuales Moment zusammenfallen können. Vgl. auch H. Müller, S. 54; O. Hein, S. 579; Förster-Kaun § 900, 1 d.

[2]) Vgl. H. Müller, O. Hein, Förster-Kann, a. a. O.

[3]) Dackweiler, JW. 1934, 1155; Wurzer, S. 450.

barung Bestand und Fälligkeit des Anspruchs in keiner Weise berühren wollen, sondern lediglich an die Ausnutzung des Vollstreckungstitels denken[4]).

Schwierig wird häufig auch die Abgrenzung von gegenständlich beschränkter Haftung und gegenständlich beschränkendem Vollstreckungsvertrag sein. Häufig werden die Parteien bei einer Vereinbarung vor Urteilserlaß gegenständlich beschränkte Haftung meinen, ganz besonders dann, wenn die Vereinbarung gleich bei Begründung der Schuld getroffen wird, während bei einer Vereinbarung nach Erlangung des Vollstreckungstitels im Zweifel ein gegenständlich beschränkender Vollstreckungsvertrag anzunehmen sein wird. Haben die Parteien gegenständlich beschränkte Haftung vereinbart, ist jedoch der im Urteil erforderliche Vorbehalt (vgl. oben S. 9, Anm. 16) nicht erwirkt worden, so wird man unbedenklich die Vereinbarung gemäß § 140 BGB in einen gegenständlich beschränkenden Vollstreckungsvertrag umdeuten dürfen. Auf diese Weise wird es möglich, den Einwand auch noch in der Vollstreckungsinstanz zu berücksichtigen, was zweifellos dem Parteiwillen entspricht.

Einer Erörterung bedarf in diesem Zusammenhang auch der Fall, daß die Vereinbarung der Parteien auf einen rechtlich unmöglichen Erfolg gerichtet ist. Hierher gehört namentlich der Fall, daß die Parteien dem Vollstreckungsvertrag — insbesondere durch die Rechtsform des Verzichts — eine unmittelbare prozeßgestaltende Wirkung beilegen wollten. Unbedenklich kann dieser Vertrag in ein rein schuldrechtliches Versprechen in bezug auf die Ausnutzung des Vollstreckungstitels umgedeutet werden. Die Möglichkeit, dem Parteiwillen in solcher Weise zu der gewollten Wirkung zu verhelfen, gibt § 140 BGB.[5]).

Unter Umständen kann ein Vollstreckungsvertrag auch einmal — genau wie jeder andere Vertrag — durch stillschweigende Vereinbarung zustande kommen. Mit Recht hat z. B. das Reichsgericht[6]) in einem Falle, in dem ein Gläubiger seinem Schuldner vergleichsweise bestimmte Zahlungsfristen für seine vollstreckbaren Forderungen gewährt hatte, eine stillschweigende Vereinbarung dahingehend angenommen, daß der Gläubiger von den Vollstreckungstiteln nur dann sollte Gebrauch machen dürfen, wenn der Schuldner den im Vergleich übernommenen Verpflichtungen nicht nachkäme. Um einen stillschweigend zustande gekommenen Vollstreckungsvertrag handelt es sich auch bei einem vom LG. III Berlin entschiedenen Fall[7]). Dort hatte ein Gläubiger sich in einem

[4]) Richtig OLG. Hamburg, Rspr. 13. 219.
[5]) Vgl. hierzu den ähnlich liegenden Fall in RGZ. 123. 85; ferner Dittrich, S. 31.
[6]) Recht, 1911, Nr. 3346.
[7]) KonkTreuhw. 1930, S. 15.

gerichtlich bestätigten Vergleiche mit der außergerichtlichen Liquidation des Schuldnervermögens einverstanden erklärt. Wenn das Landgericht daraus die Folgerung zieht, er könne „daher nicht als befugt angesehen werden, durch Stellung eines Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens die Durchführung der außergerichtlichen Liquidation zu vereiteln", so gelangt es damit zur Annahme eines stillschweigend zustande gekommenen Vollstreckungsvertrages, gerichtet auf Ausschluß des Konkursverfahrens.

Zum Schluß ist in diesem Zusammenhang noch Stellung zu nehmen zu einer grundsätzlichen Frage, die bereits zu dem nächsten Teil der Arbeit, der Untersuchung über die Geltendmachung des Vollstreckungsvertrags in der Vollstreckungsinstanz hinüberleitet. Im Schrifttum finden sich nämlich verschiedentlich Ansätze, die die in bezug auf die Zwangsvollstreckung getroffenen Vereinbarungen der Parteien in jedem Falle irgendwie materiellrechtlich umzudeuten, um so den Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, die sich hinsichtlich der Zulässigkeit und Geltendmachung der Vollstreckungsverträge ergeben. Dahin gehört neben den Versuchen, den Vollstreckungsvertrag, soweit nur irgend möglich, in eine Stundung des materiellrechtlichen Anspruchs oder in einen Verzicht auf den materiellrechtlichen Anspruch umzudeuten [8]), insbesondere die äußerst gekünstelte Konstruktion von Dittrich, der im Vollstreckungsvertrag, soweit es sich nicht um Vereinbarungen bezüglich des Offenbarungseids- oder Konkursverfahren handelt, grundsätzlich einen Verzicht auf das zukünftige Pfändungspfandrecht erblicken will [9]), eine Lösung, die außerdem völlig im unklaren läßt, inwieweit der Vollstreckungsvertrag auf die publizistische Seite des in der Pfändung bestehenden Vollstreckungsaktes, die sogenannte Verstrickung, einwirkt. Es soll nicht bestritten werden, daß man im einzelnen Fall u. U. einmal mit Hilfe der Auslegung eine solche Umdeutung rechtfertigen kann. Es hieße aber dem Willen der Parteien Gewalt antun, wollte man in jedem Falle zu einer derartigen Lösung greifen. Die Versuche, den Vollstreckungsvertrag stets in irgendein anderes Rechtsgeschäft umzudeuten, stellen in Wahrheit keine Lösung, sondern eine Umgehung des Problems dar.

[8]) Reichenheim, S. 63; Wurzer, S. 450; Bartels, JW. 1933, 2850; Dackweiler, JW. 1934, 1155.
[9]) S. 31 ff.

IV. Teil.

Rechtsstellung des Schuldners in der Zwangsvollstreckung gegenüber vereinbarungswidrigen Vollstreckungsmaßnahmen

§ 8.

Allgemeines über die in Betracht kommenden vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe.

Zweck des Vollstreckungsvertrages ist es, den Schuldner bei der Durchführung der Zwangsvollstreckung besser zu stellen, als er nach der gesetzlichen Regelung des Zwangsvollstreckungsverfahrens stände. Diesen Zweck kann der Vertrag aber nur dann in vollkommener Weise verwirklichen, wenn der Schuldner auf Grund des Vollstreckungsvertrages die Möglichkeit hat, sich gegen eine dem Vollstreckungsvertrag zuwiderlaufende Vollstreckungsmaßnahme zu wehren. Wir gelangen somit nun zu dem praktisch bedeutsamsten Teil der gestellten Aufgabe, zur Untersuchung der Frage, welche Rechtsbehelfe dem Schuldner gegenüber einer abredewidrigen Vollstreckungsmaßnahme innerhalb des Vollstreckungsverfahrens zur Verfügung stehen.

Sieht man von den Rechtsbehelfen der besonderen Zwangsvollstreckungsarten (Offenbarungseids-, Konkursverfahrens usw.) und von dem in diesem Zusammenhang bedeutungslosen Vollstreckungsnotrecht ab, so gewährt die ZPO dem Schuldner im Zwangsvollstreckungsverfahren vier verschiedene Rechtsbehelfe: die sofortige Beschwerde nach § 793, die Erhebung von Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel nach § 732 (bezw. statt dessen die Klage nach § 768), die Erinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung nach § 766 und die Vollstreckungsgegenklage nach § 767. Zu diesen in der ZPO geregelten Rechtsbehelfen ist neuerdings als fünfter die Anrufung des Vollstreckungsgerichts durch den Schuldner auf Grund des Vollstreckungsmißbrauchsgesetzes vom 13. 12. 1934 (RGBl. I S. 1234) getreten.

Von den genannten Rechtsbehelfen scheiden die beiden ersten für die Geltendmachung des Vollstreckungsvertrages im Zwangsvollstreckungsverfahren von vornherein aus.

Bei den Vollstreckungsmaßnahmen (z. B. Pfändung von Sachen oder Forderungen, Ladung zum Offenbarungseid usw.), gegen die sich der Schuldner auf Grund des Vollstreckungsvertrages wehrt, handelt es sich grundsätzlich nicht um Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts. Nur gegen solche aber ist die sofortige Beschwerde des § 793 gegeben. Auch die nicht durch den Gerichtsvollzieher, sondern durch das Vollstreckungsgericht selbst vorgenommenen Vollstreckungshandlungen (z. B. Erlaß eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses) stellen, soweit eine vorherige Anhörung des Schuldners nicht erfolgt ist, nach herrschender Lehre keine Entscheidungen im Sinne von § 793 dar[1]). Schon aus diesem Grunde scheidet daher die Anwendbarkeit von § 793 hier aus.

Ebensowenig kann der Schuldner auf Grund des Vollstreckungsvertrages Einwendungen gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel gemäß § 732 erheben. Bei den nach § 732 zu erhebenden Einwendungen handelt es sich — abgesehen von den hier überhaupt nicht in Betracht kommenden in § 768 aufgezählten Fällen von materiellrechtlichen Einwendungen — nur um die Geltendmachung formeller Mängel (Bestreiten des Vorliegens der formellen Voraussetzungen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel: vollstreckbarer Titel, Nachweis der Rechtsnachfolge)[2]).

Eine Anrufung des Vollstreckungsgerichts auf Grund des oben erwähnten Vollstreckungsmißbrauchsgesetzes kommt — in der Regel wenigstens — gleichfalls nicht in Frage. Denn Voraussetzung für ein Einschreiten des Vollstreckungsgerichts wegen mißbräuchlicher Ausnutzung eines Vollstreckungstitels ist, daß sich das Vorgehen des Gläubigers gegen den Schuldner nach Prüfung aller Umstände des Falles, insbesondere auch eines berechtigten Schutzbedürfnisses des Gläubigers, als eine gesundem Volksempfinden gröblich widersprechende Härte darstellt. Da es sich lediglich um einen Rechtsbehelf für außergewöhnliche Fälle (Härteklausel) handelt und somit an die Erfüllung der genannten gesetzlichen Voraussetzungen strenge Anforderungen zu stellen sind[3]), kann keine Rede davon sein, daß eine abredewidrig vorgenommene Vollstreckungshandlung des Gläubigers sich — von besonders liegenden Ausnahmefällen natürlich immer abgesehen — als eine gröbliche Härte im Sinne des Gesetzes vom 13. 12. 1934 darstellt. Die vereinbarungswidrig durchgeführte Vollstreckungsmaßnahme stellt für den Schuldner in der Regel keine größere Härte dar als jede andere Vollstreckungsmaßnahme.

---

[1]) Vgl. z. B. Förster-Kann, §§ 793, 1 b; 766, 1; Baumbach § 793, 1.

[2]) Stein-Jonas, § 732 I 1.

[3]) Vgl. Volkmar, DJ. 1934, 1623.

Es bleiben somit nur noch die Rechtsbehelfe der §§ 766 und 767 übrig[4]). Auf sie ist in den folgenden Paragraphen näher einzugehen.

§ 9.

Unmittelbare Anwendbarkeit von § 766 ZPO?

Daß gegen eine abredewidrige Vollstreckungsmaßnahme nach § 766 vorgegangen werden könne, ist im Schrifttum von Baumbach[1]), Stein-Jonas[2]), Wurzer[3]), Lewinsohn[4]) und Laue[5]), in der Rechtsprechung von den Oberlandesgerichten München[6]), Stuttgart[7]) und Köln[8]) behauptet worden. Sucht man nach einer Begründung für dieses Ergebnis, so fällt auf, wie wenig sich Schrifttum und Rechtsprechung um eine solche bemühen. Baumbach[9]), Stein-Jonas und das Oberlandesgericht Stuttgart begründen ihre Ansicht überhaupt nicht. Lewinsohn, auf den sich ohne eigene Begründung Wurzer beruft, beschränkt sich auf den Nachweis, daß der Vollstreckungsvertrag nicht im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 geltend gemacht werden könne, und folgert daraus die Anwendbarkeit von § 766. Das Oberlandesgericht München will § 766 anwenden, weil die Behauptung des Schuldners über den Abschluß eines Vollstreckungsvertrages nicht eine Bestreitung des Anspruchs selbst enthielte, „sondern lediglich der vom Gläubiger entgegen der vor Erlassung des Vollstreckungstitels getroffenen Vereinbarung eingeschlagenen Vollstreckungsart aus diesem Titel“ (ähnlich auch OLG Köln). Als einziger bemüht sich Laue um eine etwas eingehendere Begründung. Er führt a. a. O. aus, die Erinnerung nach § 766 sei nicht nur gegeben, um die Mangelhaftigkeit einer einzigen Vollstreckungshandlung vorzubringen, sondern auch dazu, um die Unzulässigkeit des Verfahrens geltend zu machen. Der Vollstreckungsvertrag habe die Unzulässigkeit des Verfahrens zur Folge. Indem die Voll-

---

[4]) Bezügl. der Rechtsbehelfe im Offenbarungseids- und Konkursverfahren s. unten § 12.

[1]) § 767, 2 B.

[2]) § 767 II 1.

[3]) JheringsJ. 65, 449.

[4]) ZZP. 14. 121.

[5]) JW. 1934, 675.

[6]) Rspr. 31. 92 (= Seuff.Arch. 70, 252).

[7]) Rspr. 39. 72 (= WJ. 29. 125). Dagegen hatte der gleiche (I.) Senat des OLG. Stuttgart in Seuff.Arch. 43, 474 (= WJ. 1. 267) die Anwendung von § 766 mit ausführlicher Begründung abgelehnt.

[8]) RheinArch. 98, 102.

[9]) Baumbachs Stellungnahme zur Frage der Geltendmachung von Vollstreckungsverträgen ist überhaupt widerspruchsvoll; denn unvereinbar mit der Verweisung auf § 766 ist die an anderer Stelle (§ 775, 1) vertretene Ansicht, vertragliche Beschränkungen der Zwangsvollstreckung dürften von den Vollstreckungsorganen nicht beachtet werden. Vgl. auch 2 C II b vor § 704, wo Baumbach ausdrücklich feststellt, die Abreden über eine Beschränkung der Zwangsvollstreckung hätten keine prozessuale Bedeutung, könnten vielmehr nur durch Ersatzklage geltend gemacht werden.

streckungsorgane entgegen der getroffenen Vereinbarung das Zwangsvollstreckungsverfahren betrieben, verstießen sie somit gegen Verfahrensvorschriften; daß die Vollstreckungsorgane den Verstoß gar nicht erkennen könnten, stehe der Zulässigkeit der Erinnerung nicht entgegen. Für die Zulässigkeit der Erinnerung soll nach Laue schließlich auch folgendes sprechen: der Schuldner habe im Zwangsvollstreckungsverfahren die Rechtsbehelfe der §§ 732, 766 und 767. Da für die Geltendmachung des Vollstreckungsvertrages die Rechtsbehelfe der §§ 732 und 767 ausscheiden müßten, bliebe nur die Erinnerung gemäß § 766 übrig. Diese müsse zulässig sein, weil es unerträglich sein würde, den Schuldner unter Versagung aller drei Rechtsbehelfe auf die Schadensersatzklage zu verweisen.

Die Ansicht, daß der Vollstreckungsvertrag im Vollstreckungsverfahren mittels der Erinnerung nach § 766 geltend gemacht werden könne, erscheint unhaltbar. Nach § 766 können nur solche Einwendungen geltend gemacht werden, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das bei derselben vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren betreffen. Nur solche Einwendungen kommen in Betracht, die sich gegen das Verfahren der Vollstreckungsorgane richten und die auf die Verletzung gesetzlicher Vorschriften über die Zwangsvollstreckung gestützt werden, sei es, daß die erfolgte Vollstreckungsmaßnahme überhaupt nicht erfolgen durfte, sei es, daß sie nicht so erfolgte, wie das Gesetz es vorschreibt[10]). Nur die auf gesetzlicher Vorschrift beruhende formelle Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung kann mit § 766 gerügt werden. Unrichtig ist es, wenn Laue a. a. O. behauptet, der Vollstreckungsvertrag habe eine derartige Unzulässigkeit zur Folge. Die entgegen dem Vollstreckungsvertrag vom Gläubiger betriebene Zwangsvollstreckung ist zwar, privatrechtlich gesehen, unzulässig, vollstreckungsrechtlich aber — und das ist für die Anwendung von § 766 allein ausschlaggebend — zulässig. Die lediglich schuldrechtlich wirkende Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner hat keine unmittelbare Wirkung auf das Zwangsvollstreckungsverfahren. Das ist in den §§ 4 und 5 bereits näher dargelegt worden. Lassen die Vollstreckungsorgane diese — ihnen außerdem zumeist gar nicht bekannten[11]) — Abreden unbeachtet, so verstoßen sie damit nicht gegen Verfahrensvorschriften. Die Vollstreckungsorgane dürfen eine derartige Parteivereinbarung überhaupt nicht berücksichtigen[12]). Denn es ist einer der Grundzüge unseres Vollstreckungsrechts, daß es die Amts-

[10]) Seuffert-Walsmann, § 766, 2c; Rosenberg, § 189, II 1; Blomeyer, Lehrbuch § 10 III 2.

[11]) Dieser Gesichtspunkt wäre jedoch für die Frage der Anwendbarkeit von § 766 nicht entscheidend, vgl. das in § 4 S. 25, 26 Gesagte.

[12]) So ausdrücklich Baumbach, § 775, 1 (vgl. aber oben Anm. 9); Blomeyer, Lehrb. § 10 IV 1.

pflicht des Vollstreckungsorgans, eine Vollstreckungshandlung vorzunehmen, weder davon, daß der zu vollstreckende Anspruch wirklich besteht, noch davon, daß der Vollstreckungsbetrieb dem Schuldner gegenüber rechtmäßig ist, abhängig macht, sondern daß es die Amtspflicht lediglich an das Vorliegen bestimmter formaler Voraussetzungen (Vollstreckungstitel, Vollstreckungsklausel, Zustellung) knüpft [13]).

Mit der Berufung auf die Zuwiderhandlung gegen den Vollstreckungsvertrag wendet sich der Schuldner überhaupt gar nicht gegen das Vorgehen des Vollstreckungsorgans, sondern gegen das Vorgehen des Gläubigers. Für solche Einwendungen, die in außerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens liegenden Rechtsbeziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner ihren Grund haben, ist § 766 jedoch nicht gegeben, es sei denn, daß das Gesetz hierfür den Weg des § 766 ausdrücklich eröffnet, wie dies z. B. in § 777 geschehen ist.

Die Vorschrift des § 766 dient — und das ist auch die in Schrifttum und Rechtsprechung überwiegende Ansicht [14]) — nicht der Durchführung privatrechtlicher Vereinbarungen, sie bezieht sich nur auf Vorschriften des öffentlichen Rechts über die Durchführung der Vollstreckung und hat in diesem allein ihr Anwendungsgebiet [15]).

Nach alledem kann § 766 — wenigstens unmittelbar — keine Anwendung finden.

Ob etwa eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift möglich ist, wird noch zu erörtern sein (vgl. unten § 11).

§ 10.

Unmittelbare Anwendbarkeit von § 767 ZPO?

Daß der Schuldner sich gegen eine vereinbarungswidrig erfolgte Vollstreckungsmaßnahme mit der Vollstreckungsgegenklage des § 767 wenden könne, wird von einem großen Teil des Schrifttums und nahezu der gesamten Rechtsprechung behauptet. Die hierfür gegebene Begründung ist nicht einheitlich.

---

[13]) Blomeyer, Lehrb. § 5 V (S. 19).

[14]) Gegen § 766:
Bartels, JW. 1933, 2850; 1934, 1229; Blomeyer, JW. 1933, 1905; Dackweiler, JW. 1934, 1155; Dittrich, S. 38; Förster-Kann, 11 b vor § 704; W. Hein, S. 144 Anm. 1; Hellwig-Oertmann, S. 226; Reichel, Haftungsbeschränkung, S. 231; Schultz, S. 209; Sintenis, S. 406; v. Tuhr, I S. 328.
OLG. Hamm, Rspr. 20. 339; OLG. Stuttgart, Seuff.Arch. 43, 474 (vgl. aber Anm. 7 dieses Paragraphen); LG. I Berlin, KGBl. 1911, 60; LG. Bielefeld, JW. 1933, 1904/1905; LG. Dresden, JW. 1933, 2849.
Vgl. ferner die gesamten unten in § 10 genannten Schriftsteller und Entscheidungen, die die Möglichkeit einer Anwendung von § 766 überhaupt nicht erörtern, sondern sich von vornherein auf die Erörterung von § 767 beschränken.

[15]) Bartels, JW. 1934, 1229.

1. Auf Grund seiner Auffassung der Vollstreckungsgegenklage als einer negativen Feststellungsklage, gerichtet auf Feststellung des Nichtbestehens des Vollstreckungsanspruchs, gelangt Langheineken[1]) dazu, den Verzicht auf den Vollstreckungsanspruch (einen solchen erblickt Langheineken im Vollstreckungsvertrag, vgl. oben § 4 Anm. 16) als Einwand gemäß § 767 anzusehen[2]). Die Unhaltbarkeit des Ausgangspunktes dieser Begründung, des Bestehens eines Vollstreckungsanspruchs, ist bereits in anderem Zusammenhang dargetan worden[3]). Es bedarf daher zur Ablehnung der Ansicht Langheinekens keiner weiteren Begründung.

2. Daß unter den in § 767 genannten „Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen", nur materiellrechtliche Einwendungen zu verstehen sind, ist unbestritten. Verschiedentlich[4]) wird nun aber einfach behauptet, zu den materiellrechtlichen Einwendungen des § 767 gehöre auch die auf Grund eines Vollstreckungsvertrags bestehende Einwendung, daß das Urteil nicht vollstreckt werden dürfe. So führt z. B. das OLG Hamm in einer Entscheidung[5]) aus: „. . . sie (nämlich die von der Klägerin erhobene Einwendung, der Beklagte habe dem Versprechen, ihre Möbel nicht zu pfänden, zuwidergehandelt) betrifft vielmehr den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst. Denn dazu gehören die auf materiellen Gründen beruhenden Einwendungen, welche den Anspruch in seinem Nochbestehen angreifen (Zahlung usw.) oder sich gegen sein Fortbestehen in der Person des Gläubigers richten (Überweisung usw.) oder ihn ganz oder zum Teil, für immer oder einstweilen außer Wirksamkeit setzen wollen (Stundung, Einrede des Notbedarfs usw.). Auch die Klägerin will die durch das Urteil begründete Berechtigung zur Zwangsvollstreckung hier nicht gelten lassen, weil der Beklagte die von ihm nach der Parteiabrede zu beobachtende Einschränkung der Vollstreckung außer Acht lasse und hierdurch zu Unrecht den Urteilsanspruch gegen sie ausbeute. Die Einwendung fällt somit ebensowohl unter § 767 wie der Verstoß eines Gläubigers gegen die Zusage, das Urteil während bestimmter Frist nicht vollstrecken zu lassen." Diese Ansicht übersieht, daß nach dem klaren Wortlaut des § 767 („welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen") nur solche materiellrechtliche Einwendungen mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden können, die den Anspruch nach materiellem Recht

[1]) Urteilsanspruch S. 179.
[2]) A. a. O. S. 181; ähnlich Oertmann, Arch.Ziv.Pr. 107, 221.
[3]) Oben § 4.
[4]) Falkmann, S. 389; O. Hein, S. 579; Hellwig-Oertmann, S. 147, 195; Hommel, S. 64; Seuffert-Walsmann, § 767, 2; Struckmann-Koch, § 767, 1; RG., Seuff.Arch. 44, 375; OLG. Dresden, Sächs. Arch. 1892, 171 (175); OLG. Hamm, Rspr. 20. 339; OLG. Karlsruhe, Rspr. 13. 188; BadRPrax. 1900, 225; LG. I Berlin, KGBl. 1911 S. 60.
[5]) Rspr. 20. 339.

ganz oder teilweise vernichten oder dauernd oder zeitweise oder auch nur in der Person des Gläubigers entkräften [6]). Mit der Berufung auf den Vollstreckungsvertrag wendet sich jedoch der Schuldner lediglich gegen die Vollstreckungsmöglichkeit des Gläubigers als solche. Der Bestand des materiellrechtlichen Anspruchs wird durch diesen Angriff in keiner Weise berührt [7]).

3. In engem Zusammenhang mit der soeben erwähnten Ansicht, der Einwand aus dem Vollstreckungsvertrag gehöre zu den Einwendungen gegen den materiellrechtlichen Anspruch, steht die Auffassung Kohlers. Er begründet die Anwendbarkeit von § 767 folgendermaßen: „Man kann auch nicht entgegenhalten, daß es sich hier nicht um Einwendungen gegen den Anspruch selbst handele. Allerdings wird nicht das Bestehen des Anspruchs in Frage gestellt, wohl aber entweder seine Reaktionsfähigkeit, — diese ist eine integrierende Eigenschaft des Anspruchs, und der Streit über sie ist ein den Anspruch betreffender Streit; was aber die Verträge betrifft, welche lediglich die eine oder andere Exekutionsform ausschließen, so handelt es sich allerdings nicht direkt um den zivilistischen Anspruch, aber es handelt sich auch nicht um die konkrete Exekution: es handelt sich um die Möglichkeit, den Anspruch in bestimmter Weise in Exekution zu setzen — auch dies ist ein Streit, welcher den Anspruch selbst betrifft, denn er betrifft nicht etwa bloß das momentane Vollstreckungsverfahren; er betrifft die Möglichkeit der Vollstreckung überhaupt. Es soll nicht etwa bloß entschieden werden, ob die momentane Vollstreckung fortdauern darf: es soll entschieden werden, ob der Anspruch in einer bestimmten Weise der Vollstreckung fähig ist" [8]). Kohler ist also der Ansicht, daß die Vollstreckbarkeit eines Titels mit der Realisierbarkeit des Anspruchs identisch sei und, da die Möglichkeit der Realisierung eine wesentliche Eigenschaft des Anspruchs selbst sei, alle Einwendungen gegen die Realisierbarkeit den Anspruch selbst beträfen [9]). Daß diese Auffassung einen logischen Fehler begeht, ist bereits in überzeugender Weise von Roquette nachgewiesen: „Wohl gibt es keinen Anspruch ohne die Möglichkeit der Realisierung. Aber die Vollstreckbarkeit des Schuldtitels ist lediglich das Mittel dazu, um den Anspruch erst realisierbar zu machen. Identifiziert man nun die Begriffe „Vollstreckbarkeit" und „Realisierbarkeit", so setzt man das Mittel mit dem Zweck gleich. Dies ist einfach nicht möglich. Ebensowenig wie

[6]) Stein-Jonas, § 767 II 1; Förster-Kann, § 767, 3 a; Goldschmidt, Lehrb., § 92, 2 a.

[7]) Dittrich, S. 37; Laue, JW. 1934, 675; Lewinsohn, S. 119; Reichenheim, S. 63; Roquette, S. 167; Seldt, S. 51; Wurzer, S. 445, 449; OLG. Köln, RheinArch. 98, 103; LG. Bielefeld, JW. 1933, 1904.

[8]) Ges. Beitr., S. 166, 167; ähnlich Sintenis, S. 407, 408; RG., Seuff.Arch. 44, 375.

[9]) Roquette, S. 168.

der Schuldtitel mit dem Anspruch identisch ist, kann eine wesentliche Eigenschaft des Titels mit einer solchen des Anspruchs identisch sein“ [10]). Aus diesen Gründen, denen nichts hinzuzufügen ist, muß die Kohlersche Beweisführung als gescheitert angesehen werden.

4. Noch eine weitere Lösung ist versucht worden. Man hat behauptet, der Gläubiger, der entgegen einer getroffenen Vereinbarung dennoch die Zwangsvollstreckung betreibe, sei dem Schuldner wegen der darin liegenden gegen die guten Sitten verstoßenden vorsätzlichen Schadenszufügung nach § 826 BGB schadensersatzpflichtig; dieser Schadensersatzanspruch, der in erster Linie auf Naturalrestitution, also auf Rückgängigmachung der Vollstreckung gehe, könne auch als Einwand der Arglist (exceptio doli) gemäß § 767 gegen die Vollstreckung geltend gemacht werden [11]). Auch diese Ansicht ist jedoch nicht zutreffend. Zunächst einmal ist nicht ersichtlich, inwiefern die vereinbarungswidrige Vollstreckung stets arglistig sein soll. Es handelt sich bei der vereinbarungswidrig betriebenen Vollstreckung um eine Zuwiderhandlung gegen eine durch Vertrag übernommene Unterlassungspflicht. Eine Vertragsverletzung als solche stellt aber noch keine Arglist dar [12]). Die Zuwiderhandlung gegen die Verpflichtung, nicht oder nicht in bestimmter Weise zu vollstrecken, macht hiervon keine Ausnahme. Nur beim Vorliegen ganz besonderer Umstände, also nicht im Regelfall, um den es sich hier handelt, kann das Vorgehen des Gläubigers als arglistig gewertet werden. Anscheinend beruht die Ansicht, daß die abredewidrige Vollstreckung stets gegen die guten Sitten verstoße, auf einer Gleichsetzung der Fälle der abredewidrigen Vollstreckung mit denen der Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten. Beide Gruppen von Fällen sind aber streng voneinander zu scheiden (vgl. oben § 1).

Das Hauptbedenken gegen diese Ansicht besteht aber darin, daß sich ja der Einwand der Arglist — unterstellt, er sei wirklich gegeben — gar nicht gegen den materiellrechtlichen Anspruch, sondern gegen die Vollstreckungsmöglichkeit als solche richten würde. Denn als arglistig wird ja nicht die Geltendmachung des Anspruchs, sondern die Geltendmachung des Vollstreckungstitels hingestellt.

Wir gelangen somit zu dem Ergebnis, daß für die Geltendmachung eines Vollstreckungsvertrags in der Vollstreckungsinstanz

---

[10]) S. 168.

[11]) Seuffert-Walsmann, § 767, 3 a; Kohler, Ges. Beitr., S. 166; Geib, S. 210 (vgl. auch S. 137); Büttner, S. 34; RG., JW. 1901, 122; BayRPfl. 1907, 46.

[12]) Roquette, S. 168, 170; vgl. auch Gadow, JheringsJ. 84, 201, der sich mit Recht dagegen wendet, auch in solchen Fällen die exceptio doli heranzuziehen, wo genügender Schutz durch vertragliche Vereinbarungen besteht.

eine unmittelbare Anwendung des § 767 nicht möglich ist[13]). Ob eine entsprechende Anwendung möglich ist, wird in Folgendem zu untersuchen sein.

§ 11.

Entsprechende Anwendbarkeit von § 766 oder § 767 ZPO?

I. Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß sämtliche vom Gesetz zur Verfügung gestellten vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe auf den Fall der vereinbarungswidrigen Zwangsvollstreckung nicht passen. Diese Feststellung führt zu der Frage, ob das Gesetz dem Schuldner die Berufung auf den Vollstreckungsvertrag mittels vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfs bewußt versagt hat oder ob es sich hier um eine — bewußte oder unbewußte — Lücke im Gesetz handelt. Die Beantwortung dieser Frage ist nicht möglich ohne näheres Eingehen darauf, welche Einwendungen des Schuldners gegen die Zwangsvollstreckung überhaupt möglich sind und welche Behandlung sie im Gesetz erfahren haben.

Man kann vier verschiedene Gruppen von Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung unterscheiden:

a) Einwendungen, die sich gegen den Bestand des Vollstreckungstitels selbst richten, d. h. die sich auf Mängel des dem Urteil vorausgegangenen Verfahren gründen.
b) Einwendungen, die sich gegen den im Urteil festgestellten Anspruch richten.
c) Einwendungen, die sich gegen die formelle Zulässigkeit des Zwangsvollstreckungsverfahrens richten. Hierzu gehören sowohl die Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel als auch die Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung. Diese Einwendungen richten sich stets gegen das Verhalten der Vollstreckungsorgane.

[13]) Ebenso Bartels, JW. 1933, 2850; Baumbach, § 767, 2 B; Behrends, S. 19; Dackweiler, JW. 1934, 1155; Dittrich, S. 37; Hamburger, S. 88 Anm. 26; Laue, JW. 1934, 675; Lewinsohn, S. 119—121; Neukamp, § 767, t c; Roquette, S. 167 ff.; Reichenheim, S. 63; Seldt, S. 51 (einschränkend); Stein-Jonas, § 767 II, 1; Wurzer, S. 444 ff.; OLG. Köln, RheinArch. 98, 102 (103); OLG. München, Rspr. 31, 92 (= Seuff.Arch. 70, 252); LG. Bielefeld, JW. 1933, 1904.

Anderer Ansicht: Blomeyer, Lehrb. S. 49 IV 2; JW. 1933, 1905; Büttner, S. 34; Förster-Kann, 11 b vor § 704, § 767, 3 a, hh; Geib, S. 137, 208—210; O. Hein, S. 579; W. Hein, S. 144 Anm. 1; Hellwig-Oertmann S. 147, 195; Hommel, S. 64; Kohler, Ges.Beitr. S. 166; Arch.Ziv.Pr. 80, 190 ff., Prozeß als Rechtsverhältnis S. 94; Holtzendorff-Kohler, II S. 104, 168; Langheineken, S. 181; Oertmann, S. 221; Petersen-Anger, § 767, 3; Reichel, S. 231; Rosenberg, § 186 III 3; Schultz, S. 209; JW. 1920, 3345; Seuffert-Walsmann § 767, 2, 3 a; Sintenis, S. 407—412; Struckmann-Koch, § 767, 1; v. Tuhr, I S. 328.

RG. JW. 1901, 122; Seuff.Arch. 44, 375; BayRpfl. 1907, 46; RGZ. 46, 336; Seuff.Arch. 56, 214; JW. 1933, 2211; OLG. Dresden, Sächs.Arch. 1892, 171; Rspr. 11, 107; 25, 163; OLG. Hamburg, Seuff.Arch. 47, 174; OLG. Hamm, Rspr. 20, 339; OLG. Karlsruhe, Rspr. 13, 188; BadRPr. 1900, 225; Zs.d.Bad. AnwaltsK. 4, 32; OLG. Stuttgart, Seuff.Arch. 43, 474.

Unentschieden gelassen in RG. JW. 1910, 709.

d) Einwendungen, die sich, ohne gegen den Bestand des Vollstreckungstitels oder gegen den materiellen Anspruch gerichtet zu sein, gegen die materielle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung richten. Diese Einwendungen, die sich nicht gegen das Verhalten der Vollstreckungsorgane sondern gegen das Vorgehen des Gläubigers richten, werden, soweit ersichtlich, im Schrifttum nirgends besonders hervorgehoben. Es ist jedoch systematisch nicht möglich, sie einer der drei vorgenannten Gruppen von Einwendungen einzureihen. Es bleibt daher keine andere Lösung, als sie als vierte selbständige Gruppe neben die übrigen Einwendungen zu setzen.

Prüfen wir nun, welche Behandlung diese verschiedenen Einwendungen in der ZPO erfahren haben, so müssen wir feststellen, daß die ersten drei Gruppen von Einwendungen im Gesetz eine lückenlose Regelung gefunden haben.

Die Einwendungen gegen den Bestand des Vollstreckungstitels können vor Rechtskraft des Urteils mit den ordentlichen Rechtsmitteln (Berufung, Revision), nach Rechtskraft des Urteils beim Vorliegen eines Nichtigkeits- oder Restitutionsgrundes (§§ 579, 580) im Wiederaufnahmeverfahren geltend gemacht werden[1]). Soweit ein Nichtigkeits- oder Restitutionsgrund nicht gegeben ist, können derartige Einwendungen (nach Rechtskraft des Urteils) der Vollstreckung nicht mehr entgegengesetzt werden[2]). Die Entscheidung des Gesetzes über die Zulässigkeit dieser Einwendungen ist hier teils positiv, teils — deutlich erkennbar — negativ ausgefallen.

Die gegen den im Urteil festgestellten Anspruch gerichteten Einwendungen können gleichfalls vor Rechtskraft des Urteils mit den ordentlichen Rechtsmitteln (Berufung, Revision) geltend gemacht werden, nach Rechtskraft nur im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767, jedoch mit der Einschränkung, daß nur solche Einwendungen geltend gemacht werden dürfen, die erst nach der letzten Tatsachenverhandlung entstanden sind (§ 767 Abs. 2; weitere Einschränkungen außerdem durch § 767 Abs. 3). Bereits früher entstandene Einwendungen können der Vollstreckung nicht mehr entgegengesetzt werden. Auch hier ist somit eine lückenlose gesetzliche Regelung festzustellen.

Für die Einwendungen gegen die formelle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung hat das Gesetz, soweit es sich um Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel handelt, die Rechtsbehelfe der §§ 732, 768 geschaffen, soweit es sich um Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung

[1]) Nicht mittels Vollstreckungsgegenklage, vgl. Seuffert-Walsmann, § 767, 2 a. E.; Stein-Jonas, § 767 II 1.

[2]) Eine Ausnahme bilden nach der Rechtsprechung des RG. und eines Teils des Schrifttums die Fälle der arglistigen Erschleichung der Rechtskraft (vgl. oben § 1).

handelt, den Rechtsbehelf des § 766. Auch hier ist davon auszugehen, daß die gesetzliche Regelung lückenlos ist.

Anders liegen die Dinge bei der letzten Gruppe von Einwendungen, zu denen namentlich die uns beschäftigenden auf den Vollstreckungsvertrag gegründeten Einwendungen gehören, den (weder gegen den Bestand des Vollstreckungstitels noch gegen den materiellen Anspruch gerichteten) Einwendungen gegen die materielle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung. Sie sind ursprünglich in der ZPO überhaupt nicht geregelt gewesen. Nachträglich hat durch den auf Grund der Novelle von 1898 eingefügten § 777 ein in diesen Zusammenhang gehörender Einzelfall seine Regelung gefunden. Es handelt sich dabei um den Fall, daß der Gläubiger, dem an einer in seinem Besitz befindlichen Sache des Schuldners ein Pfandrecht (oder Zurückbehaltungsrecht) zusteht, in das übrige Vermögen des Schuldners vollstreckt, ohne sich zuvor aus der Pfandsache zu befriedigen. Wenn sich der Schuldner gegen dieses Vorgehen des Gläubigers wendet, so greift er nicht die formelle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung an — der Gerichtsvollzieher ist weder verpflichtet noch berechtigt, von Amts wegen das Widerspruchsrecht des Schuldners zu berücksichtigen[3]) —, er beruft sich vielmehr auf den materiellrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben, gegen den der Gläubiger dadurch verstößt, daß er unter Übergehung des Pfandes in das übrige Vermögen des Schuldners vollstreckt[4]). Ein weiterer Einzelfall aus der Gruppe der Einwendungen gegen die materielle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung hat neuerdings in dem in anderem Zusammenhang bereits erwähnten Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten vom 13. 12. 1934 (RGBl. I S. 1234) seine Regelung gefunden. Bereits der Gesetzeswortlaut bringt klar zum Ausdruck, daß es sich bei der durch dieses Gesetz geschaffenen Härteklausel nicht um einen Einwand gegen die formelle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung, sondern einen materiellrechtlichen Einwand gegen das Vorgehen des Gläubigers handelt. Von diesen Einzelfällen abgesehen, enthält das Zwangsvollstreckungsrecht keine Regelung der Einwendungen gegen die materielle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung. Daraus kann jedoch nicht der Schluß gezogen werden, daß die Entscheidung des Gesetzgebers negativ ausgefallen sei, in dem Sinne, daß derartige Einwendungen mit den Rechtsbehelfen des Zwangsvollstreckungsrechts überhaupt nicht geltend gemacht werden dürften. Es handelt sich vielmehr offensichtlich um eine — und zwar unbewußte — Lücke im Gesetz. Der Gesetzgeber wollte bei der Schaffung der ZPO sämtliche im Zwangsvollstreckungsverfahren möglichen Einwendungen gesetzlich regeln. Das ergibt sich klar aus den Motiven

[3]) Förster-Kann, § 777, 4.

[4]) Vgl. Voss, ZZP. 26, 460; a. A. wohl Stein-Jonas, § 777, I.

zur ZPO, wo im Abschnitt „Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung" davon die Rede ist, daß der Entwurf „die verschiedenen möglichen Einwendungen nach großen Gesichtspunkten gesondert und verschieden" behandele [5]). Prüft man nun aber die in den Motiven [6]) in diesem Zusammenhange vorgenommene Aufzählung der verschiedenen möglichen Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung auf ihre Vollständigkeit nach, so muß man feststellen, daß der Gesetzgeber lediglich an die gegen die formelle Zulässigkeit des Zwangsvollstreckungsverfahrens und an die gegen den materiellen Anspruch gerichteten Einwendungen gedacht hat [7]). Der Gesetzgeber ist also offensichtlich davon ausgegangen, daß im Vollstreckungsverfahren lediglich formellrechtliche Einwendungen, gerichtet gegen die Durchführung des Zwangsvollstreckungsverfahrens, und materiellrechtliche Einwendungen, gerichtet gegen den materiellen Anspruch denkbar sind. Dabei hat er übersehen, daß — wie das Beispiel der Vollstreckungsverträge und die anderen oben angeführten Beispiele zeigen — gegen die Vollstreckung auch materiellrechtliche Einwendungen, die weder gegen den materiellen Anspruch noch gegen den Bestand des Vollstreckungstitels gerichtet sind, erhoben werden können. Der Gesetzgeber befand sich somit im Irrtum, wenn er glaubte, den ganzen Fragenkreis abschließend geregelt zu haben. Damit steht fest, daß es sich in dem den Gegenstand der Untersuchung bildenden Fall um eine Lücke im Gesetz handelt.

II. Bei Feststellung einer Lücke im Gesetz ergibt sich stets die Frage, ob und in welcher Weise die Lücke im Wege der ergänzenden Rechtsfindung ausgefüllt werden kann.

Als Mittel zur Ausfüllung kommt hier nur die Analogie in Frage, nicht etwa die lediglich ausdehnende Auslegung des Gesetzes. So zweifelhaft auch im einzelnen die Abgrenzung von Analogie und ausdehnender Auslegung ist [8]), darüber besteht im wesentlichen Einigkeit, daß die ausdehnende Auslegung nicht ein mit dem Wortlaut des Gesetzes unvereinbares Ergebnis erzielen darf, daß vielmehr die Auslegungstätigkeit an der völligen Preisgabe des Wortlautes ihre unverrückbare Schranke findet [9]). Wollte man nun den Tatbestand des § 767, der nur von den gegen den Anspruch gerichteten Einwendungen spricht, dahin auslegen, daß damit auch die gegen die Vollstreckung gerichteten Einwendungen materiellrechtlicher Natur umfaßt werden, so würde

[5]) Hahn, Materialien II, 1, S. 436.

[6]) A. a. O. S. 436—438.

[7]) Die nur in weiterem Sinne zu den Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung gehörenden Einwendungen gegen den Bestand des Vollstreckungstitels sind in den Motiven in anderem Zusammenhange behandelt.

[8]) V. Tuhr, I, S. 38, Anm. 146; Enneccerus-Nipperdey, § 53, II, 2; Lehmann, S. 59; Heck, S. 195.

[9]) V. Tuhr, I, S. 38; Enneccerus-Nipperdey, § 52, II; Lehmann, S. 57; Heck, S. 195; Schwinge, Teleol. Begriffsbildung, S. 48.

dies eine völlige Loslösung vom Wortlaut bedeuten. Es erscheint daher nicht möglich, wie dies Blomeyer[10]) und auch eine Entscheidung des OLG Stuttgart[11]) tun, lediglich im Wege ausdehnender Auslegung zur Anwendung von § 767 zu gelangen.

Bei der Lückenausfüllung im Wege der Analogie sind im Gesetz geregelte wesensgleiche Tatbestände heranzuziehen. Sucht man für die Geltendmachung der Einwendung aus dem Vollstreckungsvertrag nach solchen wesensgleichen Tatbeständen, so kommen, wie sich aus den bisherigen Erörterungen bereits von selbst ergibt, nur die Tatbestände der §§ 766 und 767 in Frage. Man kann sagen, daß der Fall der abredewidrigen Vollstreckung gerade zwischen den beiden Tatbeständen liegt, die diesen Vorschriften zugrunde liegen. Mit dem Tatbestand des § 767 hat er gemeinsam, daß sich der Angriff gegen die Vollstreckung auf eine materiellrechtliche Einwendung stützt, mit dem Tatbestand des § 766, daß sich der Angriff nicht gegen den materiellen Anspruch, sondern gegen die Vollstreckung als solche richtet.

Da nur eine der beiden Vorschriften für eine Analogie in Betracht kommen kann, ist zu untersuchen, welche Vorschrift nach ihrer Stellung und Bedeutung im Aufbau des Zwangsvollstreckungsrechts eine Analogie am ehesten rechtfertigt. Betrachten wir die äußere Ausgestaltung der beiden Rechtsbehelfe, so ergibt sich, daß es sich bei § 766 um ein verhältnismäßig einfach gestaltetes Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht handelt, in dem — in der Regel ohne mündliche Verhandlung (§ 764 III) — durch Beschlußform entschieden wird, während § 767 den Vollstreckungsschuldner auf den umständlicheren Weg der ordentlichen Klage vor dem Prozeßgericht verweist, Fragen wir nach dem inneren Grund dieser verschiedenartigen Gestaltung der Rechtsbehelfe, so müssen wir folgenden leitenden Gedanken des Gesetzes feststellen. Das Gesetz will der Entscheidung des Vollstreckungsgerichts innerhalb des Vollstreckungsverfahrens nur solche Einwendungen unterbreiten, die unmittelbar aus dem Verfahrensrecht herzuleiten sind, dagegen alle anderen Einwendungen der Entscheidung im ordentlichen Klageverfahren vorbehalten[12]). Dieses Bestreben des Gesetzgebers zeigt sich nicht nur bei den Einwendungen des Vollstreckungsschuldners, sondern in zahlreichen Einzelbestimmungen der ZPO — ganz gleich, ob es sich um Einwendungen der Parteien oder dritter Personen handelt. So wird außer im Falle des § 767 z. B. auch in den Fällen der §§ 731, 771, 805, 878 der Streit über die materielle Rechtslage auf den

[10]) JW. 1933. 1905 (vgl. auch Lehrbuch S. 49, IV, 2). Im Ergebnis stimmt die Ansicht Blomeyers mit der hier vertretenen Ansicht überein.

[11]) Seuff.Arch. 43. 474.

[12]) Vgl. hierzu die zutreffenden Ausführungen bei LG. Dresden, JW. 1933, 2850; LG. Bielefeld, JW. 1933, 1905.

ordentlichen Klageweg verwiesen. Ganz besonders deutlich zeigt sich das Bestreben des Gesetzgebers, die Entscheidungen über Einwendungen dann dem Vollstreckungsgericht zu entziehen, sobald auf die materielle Rechtslage eingegangen werden muß, bei einem Vergleich der §§ 732 und 768, ferner der §§ 741 und 774. Entscheidend für diese unterschiedliche Behandlung sind Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte. Das Vollstreckungsgericht soll nur tätig werden bei Einwendungen, bei denen es — wie in der Regel bei bei den aus dem Verfahrensrecht herzuleitenden Einwendungen — ihrer Natur nach ohne zeitraubende und schwierige Maßnahmen möglichst sofort zu einer Entscheidung gelangen kann [13]). Dagegen erfordert der Streit über materielles Recht oft umfangreiche und schwierige Beweisaufnahmen, wie sie nur im Erkenntnisverfahren üblich sind. Daher soll hier das Prozeßgericht tätig werden. Maßgebend war für den Gesetzgeber schließlich auch die Erwägung, daß der Streit über materiellrechtliche Fragen in der Regel in engem Zusammenhang steht mit dem vorausgegangenen Prozeß. In den Motiven zur ZPO kommt diese Erwägung des Gesetzgebers klar zum Ausdruck. Es heißt dort, daß der Entwurf aus überwiegenden Zweckmäßigkeitsrücksichten der Regelung anderer Prozeßrechte, wie z. B. des französischen, über sämtliche Einwendungen im Vollstreckungsverfahren das Vollstreckungsgericht entscheiden zu lassen, nicht gefolgt sei [14]). Zur Begründung wird ausgeführt, es liege auf der Hand, daß dabei die nahe Beziehung, in welcher namentlich die den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen zu dem vorausgegangenen Prozesse stehen, völlig außer Betracht geblieben sei, was zu innerlich widersprechenden Entscheidungen führe und die Parteien zur Aufstellung neuer Anwälte oder Prozeßbevollmächtigter an Stelle der im Hauptstreit tätig Gewesenen nötige.

Aus dem vorstehend aufgezeigten, das Zwangsvollstreckungsrecht beherrschenden Grundgedanken, die Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung je nach ihrer Bedeutung bald dem Vollstreckungsgericht, bald dem Prozeßgericht zur Entscheidung zu überweisen, läßt sich auch der entscheidende Gesichtspunkt gewinnen für die Beantwortung der Frage, ob § 766 oder § 767 für eine Analogie in Frage kommt. Da es sich bei dem Vollstreckungsvertrag um eine materiellrechtliche Vereinbarung handelt, die außerhalb des Vollstreckungsverfahrens liegt und die für die Entscheidung des Gerichts dieselben Schwierigkeiten mit sich bringen kann, wie jede andere materiellrechtliche Frage, würde es dem Aufbau des Zwangsvollstreckungsrechts widersprechen, wollte man dem Schuldner für die Geltendmachung der abredewidrigen Vollstreckung den Rechtsbehelf des § 766 gewähren. Diese Vorschrift muß vielmehr für eine Analogie von vornherein ausscheiden.

[13]) LG. Dresden, a. a. O.
[14]) Hahn, Materialien, II 1 S. 436.

III. Die Untersuchung kann sich daher im folgenden darauf beschränken, ob eine entsprechende Anwendung des § 767 möglich ist. Bei dieser Untersuchung ist zweierlei auseinanderzuhalten: die Frage des Analogiebedürfnisses und die Frage der Analogiefähigkeit.

1. Das Analogiebedürfnis ist dann zu bejahen, wenn ohne die Gesetzesergänzung die rechtliche Regelung unbillig erscheint. Um das entscheiden zu können, müssen wir untersuchen, welcher Art die Rechtsstellung des Schuldners sein würde, wenn ihm vollstreckungsrechtliche Rechtsbehelfe zu versagen wären. Gelangen wir zu dem Ergebnis, daß die dem Schuldner zur Verfügung stehenden außervollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe seinen Interessen vollständig genügen, so wäre das Analogiebedürfnis zu verneinen. Denn es ist nicht zulässig, da nach zusätzlich neuen Rechtsformen zu suchen, wo die bereits geprägten Formen den Lebensbedürfnissen vollauf genügen[15]).

Für die Frage, ob ein Rechtsbehelf gegenüber der abredewidrigen Vollstreckung dem berechtigten Schutzbedürfnis des Schuldners genügt, ist ausschlaggebend, ob der Schuldner auf Grund des Rechtsbehelfs dem gegen ihn gerichteten Vollstreckungsverfahren selbst in die Arme fallen kann und die völlige Durchführung verhindern kann. Muß der Schuldner die abredewidrige Vollstreckung zunächst erst vollständig über sich ergehen lassen, so ist der ihm gewährte Rechtsschutz unvollkommen. Eine etwaige Wiedergutmachung des durch die abredewidrige Vollstreckung entstandenen Schadens genügt den Interessen des Schuldners durchaus nicht immer. Ganz abgesehen davon, daß die Verweisung auf einen Schadensersatzanspruch stets einen sehr ungewissen Rechtsschutz darstellt und ein Schadensersatzanspruch für den Schuldner bei Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers vollständig wertlos ist, ist in zahlreichen Fällen der durch die vollständig durchgeführte Vollstreckungsmaßnahme entstandene Schaden überhaupt nicht wieder restlos gutzumachen. Man denke z. B. an die Leistung des Offenbarungseides mit ihren außerordentlich weittragenden wirtschaftlichen Folgen oder an die Versteigerung von Gegenständen, die — wie etwa Kunstgegenstände — für den Schuldner unersetzbar sind.

Die Möglichkeit, der schwebenden Zwangsvollstreckung in die Arme zu fallen, ist dem Schuldner bei Gewährung der Vollstreckungsgegenklage gegeben. Abgesehen davon, daß die nach § 767 ergehende Entscheidung unmittelbar in das schwebende Zwangsvollstreckungsverfahren eingreift und die Weiterbetreibung desselben unzulässig macht, hat das Prozeßgericht hier auch gemäß § 769 (in dringenden Fällen auch das Vollstreckungsgericht, § 769

[15]) Hildebrandt, Rechtsfindung S. 93.

Abs. 2) die Möglichkeit, bis zur endgültigen Entscheidung einstweilige Anordnungen zu treffen, insbesondere die Zwangsvollstreckung einstweilen einzustellen.

Es kommt demnach für die Zulässigkeit einer Analogie entscheidend darauf an, ob außervollstreckungsrechtliche Rechtsbehelfe dem Schuldner eine gleiche oder wenigstens annähernd gleiche Rechtsstellung gewähren.

Als solche außervollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe können nach beendeter Vollstreckung Schadensersatzansprüche und Bereicherungsansprüche in Frage kommen. Es bedarf jedoch keines näheren Eingehens darauf, inwieweit solche Ansprüche dem Schuldner bei abredewidriger Vollstreckung überhaupt zustehen. Denn da, wie ja bereits oben ausgeführt ist, diese Ansprüche ihrer Natur nach nur zu einer Wiedergutmachung des durch die Vollstreckung entstandenen Schadens führen, ohne die Vollstreckung selbst zu hindern, ist ohne weiteres klar, daß die Rechtsstellung des Schuldners hier außerordentlich ungünstiger ist als bei Gewährung der Vollstreckungsgegenklage.

Schadensersatz- und Bereicherungsansprüche sind aber nicht die einzigen in Betracht kommenden außervollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe. Es bedarf namentlich noch eines näheren Eingehens auf eine Lösung, die von Roquette versucht worden ist. Nach Ansicht Roquettes[16]) ist die Klage auf Unterlassung der vertragswidrig vorgenommenen Vollstreckungshandlung der typische Rechtsbehelf, den der Vollstreckungsvertrag gewährt. Zur Begründung hierfür führt Roquette a. a. O. aus, das Wesen des Vollstreckungsvertrages bestehe in einer Beschränkung des Gläubigers auf bestimmte Grenzen bei Betreibung der Zwangsvollstreckung. Darin liege auf Seiten des Gläubigers die Übernahme der Verpflichtung, außerhalb der Grenzen jede Vollstreckungshandlung zu unterlassen. Der dem Schuldner aus dem Vollstreckungsvertrage gewährte Erfüllungsanspruch gehe demnach auf eine Unterlassung. Da nun jeder Vertrag des Privatrechts dem Berechtigten im Falle der Vertragsverletzung durch Nichterfüllung als primären Anspruch den Erfüllungsanspruch gewähre, sei die auf diesen Erfüllungsanspruch gestützte Unterlassungsklage der gegebene Rechtsbehelf für den Vollstreckungsschuldner. In anderem Zusammenhang[17]) stellt Roquette sodann die Behauptung auf, die Unterlassungsklage des Schuldners auf Grund des Vollstreckungsvertrages stelle sich sachlich auch als eine Vollstreckungsgegenklage dar, weil auch sie die Beseitigung des Vollstreckungsrechts innerhalb gewisser Grenzen zum Ziele habe, genau wie die Vollstreckungsgegenklage des § 767. Der Unterschied zwischen beiden Klagen sei jedoch der, daß man bei der vertraglichen Voll-

[16]) S. 167.
[17]) S. 171/172.

streckungsgegenklage direkt gegen das Vollstreckungsrecht vorgehe, während man bei der Vollstreckungsgegenklage des § 767 durch einen Angriff auf den materiellen Anspruch das Vollstreckungsrecht indirekt beseitige.

Dieser Auffassung muß in zweifacher Hinsicht entgegengetreten werden. Zwar ist es durchaus zutreffend, daß der dem Schuldner auf Grund des Vollstreckungsvertrags zustehende Erfüllungsanspruch ein Unterlassungsanspruch gegen den Gläubiger ist. Zum mindesten mißverständlich ist es aber, wenn Roquette behauptet, daß bei vereinbarungswidriger Vollstreckung der Schuldner in erster Linie diesen Unterlassungsanspruch geltend machen könne. Roquette übersieht hier, daß bei Unterlassungspflichten dem Gläubiger die Erfüllung insoweit unmöglich wird, als er der Unterlassungspflicht zuwiderhandelt[18]). In der Regel beruft sich der Vollstreckungsschuldner nun aber — abgesehen von den seltenen Fällen, in denen er von der drohenden Zwangsvollstreckung bereits vorher Kenntnis erhält — erst dann auf den Vollstreckungsvertrag, wenn der Gläubiger bereits gegen ihn die Vollstreckung begonnen hat. Soweit daher der Vollstreckungsgläubiger der dem Vollstreckungsvertrag entspringenden Unterlassungspflicht zuwidergehandelt hat, kommt, was Roquette anscheinend entgangen ist, nur noch ein Schadensersatzanspruch des Vollstreckungsschuldners gemäß §§ 280, 325 BGB in Frage, der nach § 249 BGB in erster Linie die Rückgängigmachung der erfolgten Vollstreckungsmaßnahme zum Ziele hat[19]). Der Unterlassungsanspruch kommt nur bezüglich des noch nicht abgeschlossenen Teils des Zwangsvollstreckungsverfahrens und bezüglich weiterer drohender Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in Betracht. Die auf Grund der abredewidrigen Vollstreckung angestrengte Klage würde demnach regelmäßig ein doppeltes Ziel haben: die Rückgängigmachung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßnahme (Schadensersatzanspruch) und das Verbot des weiteren Vollstreckungsbetriebs (Erfüllungsanspruch).

Der zweite Punkt, in dem Roquette nicht gefolgt werden kann, bezieht sich auf die Wirkung des auf Grund der vertraglichen Klage ergehenden Urteils. Vergleichen wir die Wirkungen dieses Urteils mit der Wirkung der Entscheidung nach § 767. Durch das nach § 767 ergehende Urteil wird die Vollstreckung für unzulässig erklärt, worauf gemäß § 775 Nr. 1 die Einstellung der Zwangsvollstreckung durch das Vollstreckungsorgan zu erfolgen hat. Die Entscheidung übt also eine unmittelbare Wirkung auf das Vollstreckungsverfahren aus. Ganz anders ist die Wirkung des Urteils auf Grund der vertraglichen Klage. Durch dieses Urteil kann nicht unmittelbar in die Vollstreckung eingegriffen werden. Das Urteil kann lediglich dahin lauten, daß der Vollstreckungsgläubiger ver-

[18]) Enneccerus-Lehmann, § 55 zu Anm. 7.
[19]) Vgl. W. Hein, S. 144 Anm. 1.

urteilt werde, die erfolgte Vollstreckungsmaßnahme rückgängig zu machen (genauer: die zur Rückgängigmachung der Vollstreckungsmaßnahme erforderlichen Willenserklärungen dem Vollstreckungsorgan gegenüber abzugeben) und daß ihm verboten wird, die Vollstreckung weiter zu betreiben. Denn bei der Unterlassungsklage kann das Gericht nur dem Beklagten, nicht einem Dritten oder einer Behörde etwas verbieten[20]). Dieses Urteil — das ist der grundlegende Unterschied zu der nach § 767 ergehenden Entscheidung — wendet sich also lediglich an den Vollstreckungsgläubiger. Eine unmittelbare Wirkung auf das Vollstreckungsverfahren übt es nicht aus. Die Ansicht Roquettes, wonach die von ihm sog. „vertragliche Vollstreckungsgegenklage" das „Vollstreckungsrecht" direkt vernichte und somit im Ergebnis die gleiche Wirkung habe wie die Vollstreckungsgegenklage des § 767, ist demnach unzutreffend.

Diese verschiedene rechtliche Wirkung der beiden Urteile ist praktisch von größter Bedeutung. Wenn auch für den Regelfall davon ausgegangen werden kann, daß der Vollstreckungsgläubiger sich dem Urteil unterordnet, so muß doch stets mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß er dem Urteil zuwiderhandelt. Soweit das Urteil zur Rückgängigmachung der erfolgten Vollstreckungsmaßnahme verurteilt, besteht allerdings für den Schuldner keine Gefahr, daß die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil vereitelt werden könnte. Denn da das Urteil insoweit zur Abgabe einer Willenserklärung gegenüber dem Vollstreckungsorgan verurteilt[21]), erfolgt die Zwangsvollstreckung im Wege der Fiktion des § 894, d. h. die Willenserklärung gilt — unabhängig vom Willen des Gläubigers — mit der Rechtskraft des Urteils als vom Gläubiger abgegeben. Anders ist die Lage, soweit das Urteil dem Gläubiger den weiteren Vollstreckungsbetrieb verbietet. Was geschieht, wenn der Gläubiger entgegen diesem Verbot versucht, die Zwangsvollstreckung weiter zu betreiben? Zur Befolgung des Verbots kann er im Wege der Zwangsvollstreckung nur unvollkommen angehalten werden. Denn der in Betracht kommende § 890 schafft lediglich die Möglichkeit, den Schuldner wegen einer bereits erfolgten Zuwiderhandlung gegen das Verbot zu einer Geldstrafe oder Haftstrafe zu verurteilen. Ob die Vollstreckungsorgane etwa im Hinblick auf das im Urteil ausgesprochene, lediglich an den Gläubiger gerichtete Verbot die Ausführungen weiterer Vollstreckungsmaßnahmen ablehnen müßten, wie dies (ohne Begründung) in einer Entscheidung des OLG Köln[22]) behauptet wird, erscheint im Hinblick auf § 775 zum mindesten recht zweifelhaft. Denn die Tatbestände, die der Vollstreckung unmittelbar entgegenstehen und von den Voll-

[20]) Eltzbacher, S. 198.

[21]) Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nicht nach der Form, sondern allein nach dem Inhalt des Urteils. Vgl. Baumbach, § 894, 2.

[22]) JW. 1930, 175 (177 a. E.).

streckungsorganen zu berücksichtigen sind, sind in § 775 erschöpfend aufgezählt [23]). Die Vorlegung der Ausfertigung eines Urteils, durch das dem Vollstreckungsgläubiger verboten wird, die Vollstreckung weiter zu betreiben, fällt aber — wenigstens bei wörtlicher Auslegung — unter keinen der fünf Tatbestände des § 775. In Frage käme höchstens eine ausdehnende Auslegung des § 775 Nr. 1. Man könnte vielleicht sagen, nach dem Zweck dieser Bestimmung müßten den Urteilen, durch die die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird (das Gesetz denkt hier in erster Linie an Urteile nach §§ 767, 771 [24]), die Urteile gleichgestellt werden, durch die lediglich dem Gläubiger die Vollstreckung verboten wird. Immerhin ist es äußerst fraglich, ob § 775 einer derart weiten Ausdehnung fähig ist [25]). Schon diese rechtlichen Bedenken genügen, um die Lage des Schuldners im Falle der vertraglichen Klage als wesentlich ungünstiger und unsicherer erscheinen zu lassen im Vergleiche zu seiner Rechtsstellung bei Anwendung von § 767 [26]).

Noch mehr zeigt sich das aber, wenn — und das ist der Regelfall — Eilmaßnahmen erforderlich werden. Bis der Prozeß durchgeführt ist, vergeht geraume Zeit. Inzwischen könnte der Gläubiger, da die bloße Klageerhebung ihn daran nicht hindert, immer weiter die Vollstreckung entgegen dem Vollstreckungsvertrag betreiben. Es besteht daher das dringende Bedürfnis, den Gläubiger bis zur Durchführung des Prozesses hieran durch einstweilige Anordnungen zu hindern. Daß das Gesetz im Falle des § 767 die Möglichkeit einstweiliger Anordnungen durch das Prozeßgericht (bezw. Vollstreckungsgericht) in § 769 ausdrücklich vorsieht, war bereits erwähnt worden. Da derartige einstweilige Anordnungen durch das Gericht nur in den im Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen getroffen werden können, kommen sie im Falle der vertraglichen Klage auf Rückgängigmachung der erfolgten Vollstreckungsmaßnahme und Unterlassung des weiteren Vollstreckungsbetriebes nicht in Frage. Hier bleibt nur die Möglichkeit einer Sicherung durch einstweilige Verfügung. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer Regelung im Wege der einstweiligen Verfügung ist zwar mit der herrschenden Lehre [27]) in den Fällen zu bejahen, die außerhalb der

[23]) Baumbach, § 775, 1.

[24]) Baumbach, § 775, 3.

[25]) Die in Schrifttum und Rechtsprechung, soweit ersichtlich, noch nirgends erörterte Frage ist m. E. zu bejahen.

[26]) Entsprechendes würde übrigens auch hinsichtlich einer negativen Feststellungsklage gelten. Durch ein auf eine derartige Klage ergehendes Urteil würde lediglich festgestellt werden können, daß der Gläubiger nicht berechtigt ist, in bestimmter Weise von dem Vollstreckungstitel Gebrauch zu machen. Diese nur zwischen den Parteien geltenden Feststellung macht nicht, wie das Urteil aus § 767 die Vollstreckung vollstreckungsrechtlich unzulässig.

[27]) Stein-Jonas, VI 5 vor § 704; Rosenberg, § 193, I, 4 a; Baumbach, 5 D vor § 704; Falkmann, S. 338; Roquette, S. 176; RGZ. 61, 361; OLG. Dresden, Rspr. 25. 163; OLG. Köln, JW. 1930, 175 (mit ausführlicher zutreffender Begründung). — A. A.: z. B. O. Hein, S. 143.

im Gesetz geregelten Tatbestände, bei denen einstweilige Anordnungen zulässig sind, liegen. Mit der einstweiligen Verfügung kann aber nicht der gleiche Erfolg erzielt werden wie mit der einstweiligen Anordnung nach § 769. Dem OLG Köln [28]) kann nicht darin beigetreten werden, daß keine Bedenken dagegen beständen, in der einstweiligen Verfügung unmittelbar die Einstellung der Zwangsvollstreckung anzuordnen, statt dem Gläubiger nur die Zwangsvollstreckung zu verbieten. Wenn auch nach § 938, auf den sich das OLG Köln beruft, das Gericht nach freiem Ermessen bestimmt, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind, so kann sich doch die zur Sicherung des Unterlassungsanspruchs ergehende einstweilige Verfügung genau wie der Unterlassungsanspruch selbst nur gegen den Vollstreckungsgläubiger richten. Die Ansicht, daß durch die einstweilige Verfügung die Vollstreckung unmittelbar eingestellt werden könne, ist unvereinbar mit dem allgemein anerkannten Grundsatz, daß sich die Maßnahme des Gerichts bei der einstweiligen Verfügung im Rahmen des Anspruchs halten muß, d. h. daß dem Gläubiger nichts gegeben werden darf, was er im Prozeß nicht erstreiten könnte [29]). Durch die einstweilige Verfügung darf daher dem Vollstreckungsgläubiger nur aufgegeben werden, die weitere Vollstreckung bei Vermeidung einer Strafe zu unterlassen [30]). Auch hier ergibt sich demnach das bereits oben erörterte Problem, ob die Vollstreckungsorgane die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung durch den Gläubiger entgegen dem in der einstweiligen Verfügung ausgesprochenen Verbot verweigern dürfen. Hinzu kommt, daß der Vollstreckungsschuldner auch insofern schlechter gestellt ist, als eine einstweilige Verfügung infolge ihrer strengeren Voraussetzungen [31]) nicht so leicht zu erlangen ist wie eine einstweilige Anordnung nach § 769.

Nach alledem ist festzustellen, daß die vertragliche Schadensersatz- und Unterlassungsklage dem Vollstreckungsschuldner nicht einen solchen sicheren Schutz bietet wie die Vollstreckungsgegenklage nach § 767. Die Frage nach dem Vorhandensein des Analogiebedürfnisses muß demnach bejaht werden.

2. Zu dem Analogiebedürfnis muß hinzutreten die Analogiefähigkeit. Die Prüfung dieser Voraussetzung ist zu einem Teil bereits vorweg genommen durch die obige Untersuchung, ob für eine Analogie die Vorschrift des § 766 oder des § 767 in Frage kommt. Dort war bereits festgestellt, daß nach der Ausgestaltung des Zwangsvollstreckungsrechts für eine Analogie nur die Vorschrift

[28]) a. a. O.; ebenso Rosenberg a. a. O.

[29]) Baumbach, § 938, 1; Stein-Jonas, § 938 I 3; RGZ. 121. 188.

[30]) Richtig: Hoeniger, DJZ. 1905, 1006. Auch Roquette, S. 176, hält nur diesen Inhalt für zulässig. Vgl. auch O. Hein, S. 623.

[31]) Vgl. über die Unterschiede hinsichtlich der Voraussetzungen, Zuständigkeit und Verfahrens: Falkmann, S. 337.

des § 767 in Betracht kommen kann[32]). Auf eine Reihe von Einwänden gegen eine derartige Analogie ist jedoch noch einzugehen.

a) Roquette[33]) wendet sich gegen die Zulässigkeit der Analogie mit der Begründung, der Zweck der Vorschrift des § 767 sei auf eine Beschränkung des Schuldners gerichtet, mithin handele es sich um eine Ausnahmevorschrift. Solche seien jedoch weder der analogen Ausdehnung noch ausdehnenden Auslegung fähig, müßten vielmehr eng ausgelegt werden. Roquette befindet sich hier im Einklang mit Entscheidungen des Reichsgerichts[34]), in denen gleichfalls ausgesprochen ist, daß § 767 eine eng auszulegende Ausnahmevorschrift sei.

Die Auffassung, daß § 767 Ausnahmevorschrift und daher eng auszulegen sei, ist zweifellos richtig, soweit Tatbestände in Frage stehen, die das Gesetz erkennbar in erschöpfender Weise durch § 767 regeln wollte, also überall da, wo es sich um Einwendungen gegen den materiellrechtlichen Anspruch handelt. Um solche Tatbestände handelt es sich auch in den beiden eben erwähnten Reichsgerichtsentscheidungen. In dem einen Falle[35]) geht es um die Einwendung der Aufrechnung, in dem anderen[36]) um die Einwendung der arglistigen Täuschung bei Vertragsschluß. In beiden Fällen war der Grund für die Einwendung bereits vor der letzten mündlichen Verhandlung entstanden. Das Reichsgericht hält daher — m. E. mit Recht[37]) — beide Male die Voraussetzungen der Vollstreckungsgegenklage wegen der einschränkenden Vorschrift des § 767 II nicht für gegeben und lehnt eine ausdehnende Auslegung des § 767 ab.

Der Ausnahmecharakter einer Vorschrift steht jedoch einer Analogie dann nicht im Wege, wenn es sich um Tatbestände handelt, an deren Regelung der Gesetzgeber bei Gesetzeserlaß überhaupt nicht gedacht hat[38]). Daß das aber für den Fall der Einwendungen aus dem Vollstreckungsvertrag zutrifft, ist bereits in anderem Zusammenhange nachgewiesen[39]). Aus dem Ausnahmecharakter der Vorschrift des § 767 lassen sich also im vorliegenden Falle keine Bedenken gegen eine Analogie herleiten.

b) Noch ein weiterer Einwand gegen die Zulässigkeit einer Analogie stammt von Roquette. Es ist dies die Behauptung, eine Analogie würde auch dem Zweck des § 767 nicht gerecht[40]).

---

[32]) S. oben S. 62 ff.
[33]) S. 169.
[34]) Z. B. in RGZ. 64. 230; JW. 1913, 103; vgl. auch Förster-Kann, § 767, 1 a. E.
[35]) RGZ. 64. 230.
[36]) JW. 1913, 103.
[37]) Für den Fall der Aufrechnung äußerst streitig. Vgl. statt aller: Seuffert-Walsmann, § 767, 3 b.
[38]) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 53, zu Anm. 21; Hildebrandt, Rechtsfindung, S. 77.
[39]) Siehe oben S. 59 ff.
[40]) S. 169, 170.

Roquette führt hierzu aus: Die Vorschrift des § 767 hinge aufs engste zusammen mit dem Begriffe der materiellen Rechtskraft. Die Wirkung der materiellen Rechtskraft bestehe darin, daß nach ihrem Eintritt keinerlei Einwendungen aus dem materiellen Recht gegen den Urteilsanspruch erhoben werden könnten und daß nur spätere Veränderungen der materiellen Rechtslage noch berücksichtigt würden. Die Vorschrift des § 767, die diese praktischen Folgerungen gesetzlich festlege, wolle also ein Schutz der materiellen Rechtskraft sein. Es hieße, das Gesetz weiter ausdehnen, als sein Zweck reicht, wenn man auch die Einwendungen gegen das Vollstreckungsrecht darunter begreifen wollte. Denn wenn auch der Vollstreckungsvertrag dem materiellen Recht angehöre, so wirke er doch nicht auf das materielle Recht ein, sondern nur auf die prozessuale Rechtslage, und berühre infolgedessen auch die materielle Rechtskraft des Urteils nicht im geringsten.

Dem ist entgegenzuhalten, daß die Vollstreckungsgegenklage in erster Linie das Ziel hat, den Schuldner gegen die Vollstreckungsgefahr zu schützen in Fällen, in denen, obwohl die Vollstreckung nach materiellem Recht unzulässig ist, die Vollstreckbarkeit des Titels gleichwohl weiterbesteht[41]). Daß durch § 767 zugleich auch ein Schutz der materiellen Rechtskraft erreicht wird, soll nicht bestritten werden. Dies ist aber nur eine mittelbare Folge. Für die Frage der Zulässigkeit einer Analogie kann es aber nur darauf ankommen, ob die Analogie mit dem eigentlichen Zweck der Vollstreckungsgegenklage — Schutz des Vollstreckungsschuldners gegen materiell ungerechtfertigte Vollstreckungsmaßnahmen — in Einklang zu bringen ist. Das ist aber hinsichtlich der abredewidrigen Vollstreckung, die ja gerade einen typischen Fall materiell ungerechtfertigter Vollstreckung darstellt, der Fall.

c) Auch Laue[42]) ist der Ansicht, daß eine Analogie dem Sinne des § 767 entgegenstehe. Er stützt sich hierbei auf die Tatsache, daß die Vollstreckungsgegenklage bei dem Prozeßgericht erster Instanz zu erheben sei. Dies sei offensichtlich deshalb geschehen, weil dieses Gericht aus dem Vorprozeß bereits mit dem Sachverhalt vertraut sei und daher über die Einwendungen, weil diese den bereits in diesem Prozeß entschiedenen Anspruch selbst beträfen, schneller zu entscheiden vermöge. Der Vollstreckungsvertrag berühre aber den im Vorprozeß festgestellten Anspruch in keiner Weise. Über das Durchgreifen dieser Vereinbarung könne auch ein anderes Gericht ohne Mehrarbeit entscheiden.

Hierzu ist zu sagen, daß die Verweisung von materiellrechtlichen Einwendungen vor das Prozeßgericht, wie oben bereits näher dargelegt ist[43]), im Zwangsvollstreckungsrecht ganz allgemein —

[41]) Vgl. Weidert, S. 5.
[42]) JW. 1934, 675.
[43]) S. oben S. 63, 64.

nicht nur im Falle des § 767 — erfolgt ist, und zwar in erster Linie deshalb, weil dem Gesetzgeber das Vollstreckungsgericht für die Entscheidung über diese Einwendungen nicht so geeignet wie das Prozeßgericht erschien. Daß allerdings für die gesetzliche Regelung auch der Gesichtspunkt mit maßgebend gewesen ist, daß die materiellrechtlichen Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung häufig in engem Zusammenhang mit dem Vorprozeß stehen, ist ebenfalls oben bereits erwähnt worden[44]). Daß dieser letztere Gesichtspunkt aber nicht der entscheidende gewesen ist, ergibt sich mit völliger Sicherheit aus der Tatsache, daß die Verweisung von materiellrechtlichen Einwendungen vor das Prozeßgericht auch in solchen Fällen erfolgt ist, in denen — wie namentlich im Falle der Widerspruchsklage nach § 771, ferner in den Fällen der §§ 805, 878 — ein Zusammenhang mit dem Vorprozeß kaum jemals besteht. Damit wird der Einwand Laues hinfällig.

Daß dem von Laue hervorgehobenen Gesichtspunkt des Zusammenhangs mit dem Vorprozeß keine allzu große Bedeutung zukommt, ergibt sich übrigens sehr deutlich auch aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu der Frage, was unter Prozeßgericht im Sinne von § 767 zu verstehen ist. Wäre der von Laue hervorgehobene Gesichtspunkt ausschlaggebend, so müßte folgerichtig unter Prozeßgericht diejenige Abteilung des Gerichts, vor welcher der Vorprozeß anhängig gewesen ist, verstanden werden, weil ja nur diese konkrete Abteilung mit dem Prozeßstoff vertraut sein kann. Das Reichsgericht[45]) vertritt jedoch —in Übereinstimmung mit dem Schrifttum[46]) — die Auffassung, daß unter Prozeßgericht nicht die einzelne Abteilung des Gerichts, sondern das Gericht als Ganzes zu verstehen ist, so daß es z. B. nicht gegen die Zuständigkeitsregelung des § 767 verstößt, wenn die Geschäftsverteilung innerhalb des Gerichts dazu führt, daß eine Vollstreckungsgegenklage vor einer anderen Zivilkammer anhängig wird als vor der, bei der der Hauptprozeß geschwebt hatte.

d) Ein letzter Einwand bezieht sich lediglich auf diejenigen Vollstreckungsverträge, die bereits vor der letzten mündlichen Verhandlung abgeschlossen sind. Bei dieser Gruppe wird nämlich die Ablehnung der unmittelbaren Anwendung von § 767 verschiedentlich auch damit begründet, daß der Geltendmachung eines vor diesem Zeitpunkte abgeschlossenen Vollstreckungsvertrags die Bestimmung des § 767 II entgegenstehe[47]). Es ist ohne weiteres klar, daß

---

[44]) S. oben S. 64.

[45]) RGZ. 45. 343; 47. 380. Allerdings hatte das RG. zunächst in einer älteren Entscheidung (RGZ. 33. 356) unter Berufung auf die Motive zur ZPO den gegenteiligen Standpunkt vertreten.

[46]) Seuffert-Walsmann, § 767, 7 a; Stein-Jonas, § 767, IV; Hellwig-Oertmann, S. 194; Falkmann, S. 381 u. a.

[47]) In § 10 dieser Arbeit ist auf diesen Einwand nicht eingegangen worden, weil dort die unmittelbare Anwendung von § 767 ganz allgemein bereits aus anderen Gründen abzulehnen war.

dieser Einwand — wäre er begründet — auch einer analogen Anwendung des § 767 entgegenstehen müßte.

Die Vertreter dieser Ansicht stützen sich darauf, daß bei der Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 II Einwendungen nur insoweit zulässig sind, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher sie hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind. Im Falle des Vollstreckungsvertrages, so wird geltend gemacht, entstehe nun aber der Anspruch des Vollstreckungsschuldners gegen den Vollstreckungsgläubiger auf Unterlassung der abredewidrigen Vollstreckung bereits mit dem Abschluß des Vollstreckungsvertrages. Die auf den Vollstreckungsvertrag gestützte Einwendung des Schuldners sei mithin nicht erst bei Zuwiderhandlung des Gläubigers gegen die Vereinbarung, sondern schon mit dem Abschluß des Vollstreckungsvertrages entstanden und werde daher durch § 767 II von der Geltendmachung im Wege der Vollstreckungsgegenklage ausgeschlossen [48]).

Demgegenüber behauptet eine andere in Schrifttum und Rechtsprechung weitverbreitete Ansicht, daß der Einwand gegen die Vollstreckung erst dadurch entstehe, daß der Gläubiger von dem Vollstreckungstitel einen abredewidrigen Gebrauch mache, so daß die Einschränkung des § 767 II nicht in Betracht kommen könne [49]).

Hierzu ist zunächst zu sagen, daß hinsichtlich des Zeitpunktes der Entstehung der Einwendung zweifellos der ersten Auffassung zu folgen ist. Da die Einwendung der abredewidrigen Vollstreckung in dem Vollstreckungsvertrag ihre Grundlage findet und da § 767 II es allein darauf abstellt, wann der Grund der Einwendung entstanden ist, würde man sich über den klaren Wortlaut des Gesetzes hinwegsetzen, wollte man als maßgebenden Zeitpunkt im Sinne des § 767 II erst den Zeitpunkt der abredewidrigen Vollstreckung ansehen. Es liegt hier letzten Endes auch nicht anders als im Falle der Einwendung der Aufrechnung, die (Entsprechendes gilt für alle Gestaltungsrechte) nach heute herrschender Ansicht nicht erst mit der Abgabe der Aufrechnungserklärung, sondern bereits mit dem Eintritt der Aufrechnungslage zur Entstehung gelangt [50]). In ähnlicher Weise bildet auch die Zuwiderhandlung des Gläubigers gegen die im Vollstreckungsvertrag übernommene Verpflichtung nur den äußeren Anlaß für die Einwendung, nicht den Rechtsgrund derselben [51]).

---

[48]) Bartels, JW. 1933, 2850; Dackweiler, JW. 1934, 1155; Lewinsohn, S. 121; Hamburger, S. 88 u. a.

[49]) Seuffert-Walsmann, § 767, 3 a; Stein-Jonas, § 767 zu N. 57; Hellwig-Oertmann, S. 147 Anm. 21, S. 195 Anm. 20; Kohler, Ges. Beitr., S. 166. — RG., JW. 1901, 122; BayZ. 1907, 46; BayOLG. Seuff.Arch. 54, 117; OLG. Dresden, Rspr., 11, 107; 25. 163; OLG. Hamm, Rspr., 20. 339.

[50]) Vgl. statt aller: Seuffert-Walsmann, § 767, 3 b.

[51]) Sintenis, S. 409.

Gleichwohl ist die Ansicht, wonach die vor der letzten mündlichen Verhandlung abgeschlossenen Vollstreckungsverträge wegen § 767 II keine Berücksichtigung finden könnten, nicht zutreffend. Es kommt für den vorliegenden Fall nämlich gar nicht entscheidend auf die Frage der Entstehung der Einwendung an. Der entscheidende Gesichtspunkt, den beide einander gegenüberstehenden Ansichten übersehen, muß vielmehr folgender sein: man muß nämlich einmal die Frage aufwerfen, ob es nicht Einwendungen gibt, bei denen die einschränkende Vorschrift des § 767 II der Natur der Sache nach überhaupt bedeutungslos ist.

Diese Frage ist zu bejahen. Die einschränkende Vorschrift des § 767 II hat überhaupt nur Sinn in den Fällen, in denen eine Einwendung bereits im Erkenntnisverfahren erhoben werden konnte. Das ist nicht bei allen Einwendungen der Fall. Allerdings ist hierbei nicht an diejenigen Fälle zu denken, in denen eine Einwendung aus Gründen, die lediglich in der Person des Schuldners liegen, nicht geltend gemacht werden konnte. In Fällen solcher subjektiven Unmöglichkeit — der Hauptfall ist der Fall der Unkenntnis des Schuldners von der Entstehung des Einwendungstatbestandes — hat nach heute überwiegender Ansicht [52]) die Einschränkung des § 767 II trotz der damit häufig verbundenen Unbilligkeit des Ergebnisses volle Geltung. Zu denken ist vielmehr an solche Fälle, bei denen es objektiv für den Schuldner gar nicht möglich ist, eine Einwendung bereits im Erkenntnisverfahren vorzubringen. Hierzu gehört in erster Linie der uns beschäftigende Fall der Einwendung aus dem Vollstreckungsvertrage. Die dem Vollstreckungsvertrage entspringende Pflicht des Gläubigers zur Unterlassung der Vollstreckung innerhalb bestimmter Grenzen hat mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch überhaupt nichts zu tun. Die Geltendmachung des Vollstreckungsvertrags, der ja doch gerade erst für den Fall der Urteilserlangung Bedeutung gewinnen soll, kann überhaupt keinen Einfluß auf das Urteil haben [53]). Eine auf den Vollstreckungsvertrag gestützte Einwendung des Schuldners gehört daher, da sie als Verteidigung des Schuldners gegen die Klage sinnlos wäre, überhaupt nicht in den Hauptprozeß [54]). Daß in das Urteil ein Vorbehalt wegen der auf dem Vollstreckungsvertrag beruhenden Beschränkungen der Zwangsvollstreckung aufgenommen werden könne und wegen § 767 II sogar aufgenommen werden müsse, wie Bartels [55]) behauptet, kann nicht zugegeben werden. Die Aufnahme eines derartigen Vorbehalts im Urteil ist durch das Gesetz nur in ganz bestimmten Einzelfällen vorgesehen und in anderen Fällen daher unzulässig [56]).

[52]) Vgl. statt aller: Stein-Jonas, § 767, II 1.
[53]) Lewinsohn, S. 120.
[54]) Lewinsohn, S. 120; Wurzer, S. 449, 450; Sintenis, 410.
[55]) JW. 1933, 2850.
[56]) Vgl. Lewinsohn, S. 120; Wurzer, S. 449, 450.

Der Fall des Vollstreckungsvertrages ist übrigens nicht der einzige Fall, in dem eine Einwendung der Natur der Sache nach erst in der Vollstreckungsinstanz erhoben werden kann. Es gehört hierher z. B. auch der Fall, daß der Gläubiger die Urteilsforderung durch Aufrechnung zum Erlöschen bringt [57]). Hier gewährt das Reichsgericht [58]) die Vollstreckungsgegenklage — unter allgemeiner Billigung des Schrifttums [59]) — auch dann, wenn die Aufrechnungslage bereits vor Schluß der mündlichen Verhandlung des Vorprozesses entstanden war. Wenn in dieser Entscheidung das Reichsgericht zu dem Ergebnis gelangt, daß in einem derartigen Falle der Ausschließungsgrund des § 767 II nicht zutreffe, so liegt darin nichts anderes als die Feststellung, daß es sich um eine Einwendung handelt, die — weil vom Willen des Schuldners unabhängig — aus objektiven Gründen erst in der Vollstreckungsinstanz erhoben werden konnte. In diesen Zusammenhang gehörte ferner (anders seit Inkrafttreten des durch die Novelle von 1898 eingefügten § 777) die auf § 46 I 20 ALR gestützte Einwendung des sog. beneficium excussionis realis. Es ist dies der bereits in anderem Zusammenhange [60]) erwähnte Einwand des Schuldners, daß der Gläubiger vor der Vollstreckung in das übrige Vermögen sich zunächst aus dem in seinem Besitz befindlichen, dem Schuldner gehörigen Pfandgegenstand befriedigen müsse. Dieser Einwand konnte nach ganz überwiegender Ansicht [61]) erst in der Vollstreckungsinstanz, und zwar mittels Vollstreckungsgegenklage (jetzt nach § 766, vgl. § 777) geltend gemacht werden. Auch der Einwand der schikanösen Vollstreckung [62]) verdient in diesem Zusammenhang Erwähnung. Folgt man der verschiedentlich vertretenen Ansicht [63]), daß dieser Einwand im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden könne, so ist klar, daß es sich auch hier um einen Einwand handelt, der seiner Natur nach überhaupt erst in der Vollstreckungsinstanz praktisch werden kann.

---

[57]) Nicht zu verwechseln mit dem Fall, daß der Schuldner aufrechnet; vgl. hierzu das oben Anm. 50 dieses Paragraphen Gesagte.

[58]) JW. 1902, 532.

[59]) Stein-Jonas, § 767, N. 55; Seuffert-Walsmann, § 767, 3 b; Förster-Kann, § 767, 3 c, bb; Baumbach, § 767,5.

[60]) S. oben S. 61.

[61]) Rehbein-Reincke, II Anm. 41 zu § 46 I 20; Wilmowsky-Levy, § 686, 7; Seuffert (7. Aufl.), § 686 1; Dernburg, Preuß. Privatrecht, I § 343 Anm. 27; Voß, S. 460; RGZ. 25. 361/62.
A. A.: Schollmeyer, S. 355/56; Förster-Eccius, III § 194 a Anm. 21.

[62]) Die Streitfrage, ob der Einwand der Schikane gegen die Vollstreckung überhaupt zulässig ist, ist inzwischen durch das Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnützung von Vollstreckungsmöglichkeiten vom 13. 12. 1934, dessen Tatbestand auch den Einwand der Schikane umfaßt, gegenstandslos geworden.

[63]) Weidert, S. 36; BayObLG. DJZ. 1926, 822; KG., Rspr. 4. 145; OLG. München, Rspr. 31. 96; ob diese Auffassung zutreffend ist, mag dahingestellt bleiben. Vgl. auch Förster-Kann, § 767, 3 b cc; Stein-Jonas, V, 7 vor § 128.

Diese Beispiele beweisen, daß es, was zumeist übersehen wird [64]), in der Tat Einwendungen gibt, für die die einschränkende Bestimmung des § 767 II überhaupt bedeutungslos ist. Da der Fall des Vollstreckungsvertrages hierzu in erster Linie gehört, sind die aus § 767 II hergeleiteten Bedenken unbegründet.

Als Ergebnis der bisherigen Ausführungen kann demnach festgestellt werden, daß einer entsprechenden Anwendung von § 767 keinerlei Bedenken entgegenstehen. Die Analogie ist daher, da sie einem rechtlichen Bedürfnis entspricht, zu bejahen. Dieses Ergebnis deckt sich, wenn auch nicht in der Begründung, so doch im praktischen Endergebnis mit der herrschenden Meinung, die § 767 unmittelbar anwendet [65]).

IV. Zum Schluß ist noch zu betonen, daß § 767 in sämtlichen Fällen vereinbarungswidriger Vollstreckung entsprechende Anwendung findet. Eine Ausnahme bilden, wie in § 12 gezeigt werden wird, lediglich die Fälle der Vollstreckungsverträge hinsichtlich des Offenbarungseids- und Konkursverfahrens. Keine Ausnahme bildet dagegen der Fall der gegenständlich beschränkenden Vollstreckungsverträge. Das ist besonders hervorzuheben, weil nach Ansicht eines Teils des Schrifttums diese Verträge eine Ausnahmestellung einnehmen. Es wird nämlich die Ansicht vertreten, daß der gegenständlich beschränkende Vollstreckungsvertrag in der Zwangsvollstreckung nur in derselben Weise geltend gemacht werden könne wie die gesetzlich beschränkte Haftung, also im Wege der §§ 780, 785, 767 [66]). Wenn nach dieser Auffassung zwar auch im Endergebnis § 767 Anwendung finden soll, so ergibt sich doch zu der hier vertretenen Ansicht der sehr wesentliche praktische Unterschied, daß nach jener Auffassung die beschränkte Haftung im Urteil vorbehalten sein muß, um in der Vollstreckungsinstanz geltend gemacht werden zu können (§ 780). Daß diese Ansicht abzulehnen ist, ergibt sich bereits daraus, daß nach der hier vertretenen Auffassung der gegenständlich beschränkende Vollstreckungsvertrag von der Vereinbarung gegenständlich beschränkter Haftung streng zu trennen ist. Eine Analogie der §§ 780, 785, 767 hätte innere Berechtigung jedenfalls nur dann, wenn es sich bei dem Vollstreckungsvertrag ebenfalls um einen Fall gegenständlich beschränkter Haftung handelte [67]).

[64]) Daß § 767 II für den Fall des Vollstreckungsvertrages überhaupt bedeutungslos ist, ist mit völliger Klarheit lediglich von Sintenis, S. 409—411 erkannt. Ähnliche, wenn auch nicht so klare Gedankengänge bei RG., BayZ. 1907, 46; RGZ. 46. 336; OLG. Dresden, Sächs.Arch., 1892, 171 (175); Rspr. 11. 107.

[65]) Vgl. oben § 10 Anm. 13. Für analoge Anwendung lediglich LG. Dresden, JW. 1933, 2850. Mit Hilfe ausdehnender Auslegung gelangen zur Anwendung von § 767: Blomeyer, JW. 1933, 1905; OLG. Stuttgart, Seuff.Arch. 43, 477.

[66]) Förster-Kann, 11 b vor § 704; Hellwig-Oertmann, S. 225 ff.; Reichel, S. 229 ff.; v. Tuhr I, S. 328; Bartels, JW. 1933, 2850; Kuttner, S. 124.

[67]) Auch dann wäre die Zulässigkeit der Analogie noch sehr fraglich; vgl. die sehr beachtlichen Argumente gegen eine Analogie bei Roquette, S. 172 ff.

Nach der hier vertretenen Auffassung vom einheitlichen Charakter sämtlicher Arten von Vollstreckungsverträgen besteht jedenfalls kein Anlaß zu einer unterschiedlichen Behandlung der gegenständlich beschränkenden Vollstreckungsverträge [68]). Die für die entsprechende Anwendung von § 767 entwickelten Gründe treffen auch hier in vollem Umfange zu.

§ 12.

Geltendmachung von Vollstreckungsverträgen im Offenbarungseids- und Konkursverfahren.

Einer besonderen Betrachtung bedarf noch die Frage der Geltendmachung von Vollstreckungsverträgen, die sich auf den Ausschluß des Offenbarungseids- oder Konkursverfahrens beziehen (vgl. oben § 6). Diese Verträge nehmen insofern eine Sonderstellung ein, als in diesen Verfahren dem Schuldner besondere vollstreckungsrechtliche Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen.

I. In § 900 III ist vorgesehen, daß das Vollstreckungsgericht, falls der Schuldner die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides bestreitet, durch Beschluß über den Widerspruch zu entscheiden hat. Es ergibt sich somit die Frage, ob der Schuldner den nach § 900 III geltend zu machenden Widerspruch auch darauf stützen kann, daß der Gläubiger versprochen habe, von ihm den Offenbarungseid nicht zu fordern.

Die Meinungen hierüber sind geteilt. In der Rechtsprechung wird die Anwendbarkeit von § 900 III z. T. abgelehnt [1]). Die Begründung hierfür ist meist die gleiche wie für die Ablehnung von § 766, nämlich: der nach § 900 III zu erhebende Widerspruch beträfe lediglich formelle Verfahrensmängel. Das LG I Berlin [2]) z. B. führt zur Begründung seinen ablehnenden Standpunkt aus, es stehe nicht ein prozessuales Erfordernis der Zwangsvollstreckung in Frage, sondern die materiellrechtliche Tragweite des Anspruchs, der Vollstreckungsvertrag könne genau so wenig wie eine Stundung nach § 900 III berücksichtigt werden.

Nach überwiegender, wohl als herrschend zu bezeichnender Ansicht wird dagegen die Anwendbarkeit des § 900 III auf den Fall des Vollstreckungsvertrages bejaht [3]). Diese Auffassung verdient den Vorzug.

---

[68]) Für gleiche Behandlung sämtlicher Vollstreckungsverträge auch Kohler, Ges. Beitr., 164 ff.; Roquette, S. 172 ff.; Dackweiler, JW. 1934, 1155.

[1]) OLG. Hamburg, Seuff.Arch. 47, 251; Rspr. 31. 144; LG. I Berlin, KGBl. 1911, 60; LG. Bielefeld, JW. 1933, 1904; LG. Dresden, JW. 1933, 2849.

[2]) A. a. O.

[3]) Bartels, JW. 1933, 2849; Baumbach, § 900, 4 c; Behrends, S. 19 Anm. 3; Blomeyer, JW. 1933, 1905; Dackweiler, JW. 1934, 1155; Förster-Kann, §§ 900 I d, 807, 4 b; Francke, S. 89; O. Hein, S. 579; Huyke, S. 109; Lewinsohn, S. 117—121; Lubowski, S. 19; H. Müller, S. 52, 72; Queck, S. 94; Schultz, S. 382; Schwalm, S. 36, 37; Stein-Jonas, §§ 900 II 2, 767 II 1, 807 II 5; OLG. Dresden, Rspr. 13, 198; OLG. Hamburg, Rspr. 13, 219.

Die gegenteilige Ansicht erscheint namentlich insofern verfehlt, als sie davon ausgeht, daß die Voraussetzungen für die Anwendung der §§ 766 und 900 III genau dieselben seien. Es ist nicht richtig, daß der Rechtsbehelf des § 900 III für das Offenbarungseidsverfahren genau dasselbe darstellt wie die Erinnerung des § 766 für das übrige Vollstreckungsverfahren. Das ergibt sich schon daraus, daß § 766 auch neben dem § 900 III noch seine Bedeutung hat. Denn der Widerspruch des § 900 III betrifft nach richtiger Ansicht [4]) nur sölche Einwendungen, die im Wesen der Offenbarungspflicht begründet sind und sich gegen die Verpflichtung selbst, nicht gegen den Verfahrensbetrieb als solchen richten. Bei den letzteren Einwendungen verbleibt es bei dem allgemeinen Rechtsbehelf des § 766 [5]). Andererseits steht nichts im Wege, den Bereich der unter § 900 III fallenden Einwendungen in anderer Hinsicht weiter auszudehnen als bei § 766. Das Gesetz spricht lediglich von einem Bestreiten der Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides. Nichts zwingt dazu, hierunter — wie bei § 766 — nur Einwendungen gegen die formelle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zu verstehen. Zwar kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Pflicht zur Eidesleistung nicht aus Gründen bestritten werden kann, die sich auf den materiellrechtlichen Anspruch beziehen. Denn die Pflicht ruht ihrem Wesen nach im Prozeß-, insbesondere im Vollstreckungsrecht. Lediglich der Vollstreckungstitel begründet die Pflicht. Das Bestehen des durch den Schuldtitel festgestellten Anspruchs ist für die Pflicht zur Eidesleistung gleichgültig. Dagegen ist nicht einzusehen, weshalb nicht der Schuldner mit solchen materiellrechtlichen Einwendungen, die sich nicht gegen den Bestand des Anspruchs, sondern gegen die Zulässigkeit des Vollstreckungsbetriebes richten, der Abnahme des Offenbarungseides entgegentreten dürfe, insbesondere also mit der Behauptung, der Gläubiger habe ihm versprochen, den Offenbarungseid nicht von ihm zu fordern. Weder der Wortlaut noch der Zweck der Bestimmung des § 900 III stehen dem entgegen. Mit vollem Recht kann man den Einwand des Schuldners, vertraglich nicht zur Leistung des Eides verpflichtet zu sein, sogar als einen typischen Fall des „Bestreitens" im Sinne von § 900 III ansehen [6]).

Die Vollstreckungsgegenklage kommt neben dem Widerspruch nach § 900 III nicht in Betracht. Da dem Schuldner in dem Widerspruch des Offenbarungseidsverfahrens ein Rechtsbehelf zur Verfügung steht, der ihn in ausreichender Weise schützt und sogar infolge des weniger umständlich ausgestalteten Verfahrens für ihn

[4]) Vgl. hierzu und zum folgenden: H. Müller, S. 69 ff.; im einzelnen ist hier alles äußerst streitig.

[5]) H. Müller, S. 72; a. A. z. B.: Stein-Jonas, § 900 IV b.

[6]) Bartels, JW. 1933, 2849.

wesentlich günstiger ist als die Vollstreckungsgegenklage, fehlt für die Heranziehung des § 767 das Analogiebedürfnis [7]).

II. Auch im Konkursverfahren bedarf es zur Geltendmachung des Vollstreckungsvertrages nicht des umständlichen Weges der Vollstreckungsgegenklage nach § 767. Der Vollstreckungsvertrag übt hier auf das Verfahren eine ganz andere Wirkung als bei der Einzelvollstreckung aus. Das hängt mit der besonderen Ausgestaltung des Konkursverfahrens zusammen. Während bei der Einzelvollstreckung allein der Vollstreckungstitel die Grundlage der Zwangsvollstreckung bildet und sich die vor Beginn der Vollstreckung durch die Vollstreckungsorgane vorzunehmende Prüfung lediglich darauf zu beschränken hat, ob die formalen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung — Vollstreckungstitel, Vollstreckungsklausel, Zustellung — gegeben sind, gibt es für das Konkursverfahren keine derartige formale Grundlage. Für die Eröffnung des Konkursverfahrens auf Antrag eines Gläubigers ist Grundlage nicht das Vorhandensein eines Vollstreckungstitels (eines solchen bedarf es für den Konkurs überhaupt nicht), sondern die Feststellung des Konkursgerichts, daß Antragsbefugnis des Gläubigers und Konkursgrund gegeben sind (§ 105 KO). Dieser Feststellung geht eine eingehende Prüfung voraus (§ 105, I, II KO). Infolgedessen ist es hier — anders als bei der Einzelvollstreckung — für das Konkursgericht möglich, das Versprechen des Gläubigers, keinen Konkursantrag zu stellen, bereits vor der Eröffnung des Verfahrens zu berücksichtigen. Der Schuldner, der sich auf dieses Versprechen beruft, leugnet damit die Antragsbefugnis des Gläubigers. Nun wird zwar das Konkursgericht in der Regel nicht schon auf Grund der nach § 105 I KO vorzunehmenden Vorprüfung über die Zulässigkeit des Konkursantrags (Prüfung, ob Antragsbefugnis und Konkursgrund glaubhaft gemacht sind) imstande sein, den Vollstreckungsvertrag zu berücksichtigen. Denn der den Konkurs beantragende Gläubiger wird sich natürlich nicht darauf berufen. Der Schuldner hat jedoch bei der nach § 105 II KO nun einsetzenden Hauptprüfung über die Voraussetzungen des Konkursverfahrens, bei der er auf jeden Fall gehört werden muß, Gelegenheit, Einwendungen gegen die Antragsbefugnis des Gläubigers zu erheben [8]). Das Konkursgericht hat daraufhin den Konkursantrag als unzulässig abzuweisen [9]).

Die Bedenken Seestern-Paulys [10]) gegen die Berücksichtigung des Einwands im Konkursverfahren erscheinen unbegründet.

---

[7]) Vgl. oben S. 65.

[8]) Jaeger, KO. § 105, 1.

[9]) Nicht als unbegründet; denn es handelt sich nicht um das Fehlen des Konkursgrundes, vgl. Jaeger, KO §§ 105, 1; 103, 3. Unzutreffend daher, wenn OLG. Colmar, LZ. 1912, 412 behauptet, der Antrag auf Konkurseröffnung sei, wenn auch prozessual zulässig, so doch sachlich nicht zu berücksichtigen.

[10]) S. 511 (515).

Wenn Seestern-Pauly den Einwand deshalb auf den Weg der Klage nach der ZPO verweisen will, weil das Konkursgericht nach § 105 II KO nur Ermittlungen über das Vorliegen des Konkursgrundes, nicht über das Zustandekommen eines Vollstreckungsvertrages anstellen dürfe, so übersieht er den § 75 KO, nach dem das Konkursgericht zur Aufklärung aller das Verfahren betreffenden Verhältnisse die erforderlichen Ermittlungen, insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen anordnen kann. Diese Befugnis wird durch § 105 II KO in keiner Weise eingeschränkt[11]). Mit Recht läßt daher die Rechtsprechung[12]) die Berücksichtigung des Einwands, der Gläubiger habe versprochen, nicht Konkurs zu beantragen, im Konkursverfahren zu.

---

[11]) Vgl. Jaeger, KO § 105 II; Mentzel, KO § 105 II.

[12]) OLG. Colmar, LZ. 1912, 410; OLG. Darmstadt, Seuff.Arch. 63 Nr. 125; LG. Altona und LG. Kiel, angef. bei Seestern-Pauly, S. 511 ff.; LG. III Berlin, KonkTreuhw. 1930, S. 15.

V. Teil:

Anhang.

§ 13.

Rechtslage nach dem Entwurf einer ZPO von 1931.

Der im Jahre 1931 vom Reichsjustizministerium veröffentlichte Referentenentwurf einer Zivilprozeßordnung plant eine ganz grundlegende Umgestaltung des gesamten Zwangsvollstreckungsverfahrens. Die Frage, ob und inwieweit durch diese Umgestaltung auch die mit den Vollstreckungsverträgen zusammenhängenden Rechtsfragen berührt werden, soll im Rahmen dieser Arbeit wenigstens einer kurzen Erörterung unterzogen werden.

Zunächst ist festzustellen, daß die Rechtsform des Vollstreckungsvertrages im Entwurf von 1931 genau so wenig wie im geltenden Recht eine ausdrückliche Regelung gefunden hat. Die Prüfung, ob Vollstreckungsverträge überhaupt zulässig sind, hat daher wie im geltenden Recht nach allgemein-rechtlichen Gesichtspunkten zu erfolgen. Hierbei erhebt sich vor allem die Frage, ob bei der vom Entwurf geplanten völligen Umgestaltung des Zwangsvollstreckungsverfahrens in ein Verfahren, dessen Durchführung grundsätzlich in der Hand des Staates liegt [1]), überhaupt noch Raum sein kann für private Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Schuldner. Für das geltende Recht waren wir zu dem Ergebnis gelangt, daß nur dasjenige vollstreckungsrechtliche Verhalten, das völlig in den Willen des Gläubigers gestellt ist, Gegenstand eines Vollstreckungsvertrages sein kann [2]). Ergeben sich hinsichtlich dieses Erfordernisses etwa Bedenken aus der Vorschrift des § 771 I E [3]), wonach über die Art der Durchführung der Zwangsvollstreckung das Vollstreckungsgericht bestimmt? Die Frage ist zu verneinen. Wenn auch die Durchführung der Vollstreckung in der Hand des Vollstreckungsgerichts liegt, so bleibt doch zunächst einmal die Entscheidung, o b überhaupt vollstreckt werden soll, allein dem Willen des Gläubigers überlassen (vgl. § 770 I E). Damit entfällt, soweit es sich um § 771 I E handelt, bereits jedes Bedenken hinsichtlich solcher Vollstreckungsverträge, die den —

[1]) Entwurf, Begründung S. 405 ff.
[2]) Oben S. 33.
[3]) E = Entwurf von 1931.

dauernden oder zeitweiligen — Ausschluß der gesamten Vollstreckung zum Gegenstand haben. Aber auch für umfänglich und gegenständlich beschränkende Vollstreckungsverträge ist angesichts der Vorschrift des § 771 I E noch Raum. Einmal bedarf es auch nach dem Entwurf für eine ganze Anzahl besonderer Vollstreckungsarten und -maßnahmen wie nach geltendem Recht eines besonderen Antrags, so namentlich für die Immobiliarvollstreckung (§ 941 E), ferner in den Fällen der §§ 778, 929, 973, 974, 976, 977 E. In allen diesen Fällen ist die Durchführung der Vollstreckung allein vom Willen des Gläubigers abhängig. Außerdem wird dem Gläubiger auf die gesamte Zwangsvollstreckung auch nach dem Entwurf ein nicht unbeträchtlicher Einfluß dadurch gewährt, daß nach § 771 II E seinen Anregungen über die Art der Durchführung der Vollstreckung, soweit keine Bedenken bestehen, entsprochen werden soll. Einfluß auf die Durchführung der Vollstreckung im einzelnen gewährt dem Gläubiger endlich auch die Bestimmung des § 771 III E, wonach zur Abstandnahme von einzelnen Vollstreckungsmaßnahmen ein Antrag des Gläubigers genügt. Der Gläubiger ist daher auch nach dem Entwurf durchaus imstande, die dem Schuldner versprochenen Beschränkungen in der Ausnützung des Vollstreckungstitels praktisch herbeizuführen.

Eine Ausnahme ist allerdings zu machen. Ein Vertrag über den Ausschluß des Offenbarungseidsverfahrens wird angesichts der Regelung dieses Verfahrens im Entwurf für unzulässig zu halten sein. Während nach geltendem Recht das Offenbarungseidsverfahren ein von einem besonderen Antrage des Gläubigers abhängiges Sonderverfahren ist, stellt es nach der Regelung des Entwurfs „ein dem Ermessen des Vollstreckungsgerichts zur Aufklärung des Massebestandes anheimgegebenes, besonders geartetes Ermittlungsverfahren“ dar (§§ 775—779 E)[4]. Da dem Gläubiger jeder unmittelbare Einfluß auf dieses Verfahren fehlt[5], ist nach den Ausführungen in § 5 dieser Arbeit ein Vollstreckungsvertrag insoweit unzulässig.

Wie in § 3 dieser Arbeit ausgeführt ist, bezweckt der Vollstreckungsvertrag sehr häufig, die wirtschaftliche Existenz eines an sich lebensfähigen und auch zahlungswilligen Schuldners zu erhalten. Der Entwurf enthält nun in den §§ 950—954 eine Reihe von Schuldnerschutzbestimmungen, die diesem Gedanken weitgehend Rechnung tragen. So soll nach § 950 I E das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Schuldners (u. U. sogar von Amts wegen) zwischen diesem und dem Gläubiger ein gütliches Übereinkommen über die Abwicklung des Schuldverhältnisses vermitteln. Ferner kann das Vollstreckungsgericht nach § 952 E sogar gegen den Willen

[4]) Entwurf, Begründung S. 436.
[5]) Entwurf, Begründung S. 435. Eine Ausnahme bildet lediglich der Fall des § 778 E.

des Gläubigers dem Schuldner unter bestimmten Voraussetzungen Zahlungsfristen bewilligen oder statt dessen gemäß § 953 E die Dauervollstreckung anordnen, obwohl eine andere Vollstreckung möglich wäre (z. B. von einer Mobiliarpfändung absehen und statt dessen eine in Raten zur Befriedigung führende Gehaltspfändung festsetzen) [6]). Das führt zu der Frage, ob diese gesetzliche Regelung als eine ausschließliche gedacht ist in dem Sinne, daß daneben private Vereinbarungen zwischen Gläubiger und Schuldner über die Durchführung der Vollstreckung nicht mehr möglich sein sollen. Auch diese Frage ist jedoch zu verneinen. Man wird im Gegenteil sogar der Regelung der §§ 950 ff. E ein Argument für die Zulässigkeit von Vollstreckungsverträgen entnehmen dürfen. Denn alle in diesen Bestimmungen vorgesehenen Maßnahmen können auch Gegenstand eines Vollstreckungsvertrages sein (ganz besonders gilt das von dem Fall der Anordnung der Dauervollstreckung, § 953 E). Sieht nun aber das Gesetz eine Durchführung dieser Maßnahmen sogar gegen den Willen des Gläubigers vor, so muß es noch viel mehr im Sinne des Gesetzes liegen, wenn Gläubiger und Schuldner eine entsprechende Regelung freiwillig ohne Anrufung des Vollstreckungsgerichts treffen.

Ein wesentlicher Unterschied zum geltenden Recht ergibt sich dagegen hinsichtlich der Geltendmachung der Vollstreckungsverträge im Vollstreckungsverfahren. Genau wie für das geltende Recht [7]) müssen wir allerdings auch im Entwurf zunächst feststellen, daß das Bestehen von Einwendungen, die sich, ohne gegen den Bestand des Vollstreckungstitels oder gegen den Anspruch gerichtet zu sein, gegen die materielle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung wenden, übersehen worden ist. Das ergibt sich sehr deutlich z. B. aus der Aufzählung der Vollstreckungsvoraussetzungen in der Begründung zum Entwurf [8]). Wie im geltenden Recht kommt daher nur die entsprechende Anwendung eines vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfs in Frage. Die Vollstreckungsgegenklage scheidet jedoch hierfür — anders als nach geltendem Recht — aus. Während das geltende Recht den Streit über materiellrechtliche Fragen grundsätzlich auf den Klageweg verweist [9]), schlägt der Entwurf den entgegengesetzten Weg ein. An die Stelle des Rechtsweges tritt grundsätzlich das Vollstreckungsverfahren [10]). Bei den nach jetzigem Recht unter § 767 fallenden Einwendungen macht nun der Entwurf eine Unterscheidung zwischen solchen Einwendungen, die mit der Anspruchsentstehung zusammenhängen, und solchen, die nachträgliche Veränderungen des Anspruchs betreffen und somit den Vollstreckungszweck als

[6]) Entwurf, Begründung S. 542.
[7]) Vgl. oben S. 59 ff. und besonders 62.
[8]) S. 446.
[9]) Vgl. oben S. 63, 64.
[10]) Entwurf, Begründung S. 488.

bereits erreicht erscheinen lassen oder der Vollstreckung wenigstens zur Zeit den Boden entziehen (wie z. B. Erfüllung, Vergleich, Aufrechnung, Stundung usw.)[11]). Während die erste Gruppe von Einwendungen auf den Klageweg verwiesen wird (§ 845 E), gilt für die anderen mit der Vollstreckung mehr oder weniger zusammenhängenden Einwendungen — vom Entwurf „vollstreckungsabwendende Umstände" genannt (§ 818 E) — die Regelung der §§ 818, 819 E. Danach hat der Schuldner einen vollstreckungsabwendenden Umstand im Wege der Erinnerung (unter bestimmten Voraussetzungen auch im Wege der „besonderen Vollstreckungsbeschwerde") geltend zu machen. Das Vollstreckungsgericht hat jedoch die Möglichkeit, den Schuldner auf den Rechtsweg zu verweisen, wenn es diesen zum Austrag der Sache für geeigneter hält (§§ 819 I 2, 781 E). Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß die Einwendung, der Gläubiger betreibe die Vollstreckung entgegen der getroffenen Vereinbarung, nicht den die Anspruchsentstehung betreffenden Einwendungen, sondern allein den vollstreckungsabwendenden Umständen gleichgestellt werden kann. Da die hinsichtlich der Zulässigkeit einer Analogie auftauchenden Fragen im übrigen genau so zu beantworten sind wie im geltenden Recht, gelangen wir somit zu einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften der §§ 818, 819 E.

§ 14.

Rechtslage im österreichischen Recht.

Zum Schluß soll noch ein kurzer Blick auf die Rechtslage im österreichischen Recht geworfen werden. Ein Vergleich des deutschen mit dem österreichischen Recht ist insofern von besonderem Interesse, als im österreichischen Recht — im Gegensatz zum deutschen — die mit den Vollstreckungsverträgen zusammenhängenden Rechtsfragen eine ausdrückliche Regelung gefunden haben[1]). Die österreichische Exekutionsordnung vom 27. Mai 1896 (RGBl. Nr. 79) sieht nämlich ausdrücklich einen Exekutionsverzicht (bezw. Verzicht auf die Fortsetzung der bereits eingeleiteten Exekution) und eine Exekutionsstundung vor (§§ 36, Ziff. 3, 40 EO). Das Schrifttum erblickt darin zum Teil — ähnlich wie auch zum Teil im deutschen Schrifttum[2]) — einen Verzicht auf den Vollstreckungs-

[11]) Entwurf, Begründung S. 417.

[1]) Abgesehen von dem Fall des vertraglichen Ausschlusses des Konkursverfahrens. Die österreichische Konkursordnung vom 10. 12. 1914 (RGBl. Nr. 337) enthält hierüber keine ausdrückliche Bestimmung. Die Frage ist daher — genau wie im deutschen Recht — streitig. Bejaht wird die Zulässigkeit eines vertraglichen Ausschlusses z. B. von Rintelen, S. 126, der sich u. a. auch auf das deutsche Schrifttum zu dieser Frage (Jaeger) beruft.

[2]) Vgl. oben S. 20 ff.

anspruch [3]) bezw. eine Stundung des Vollstreckungsanspruchs. Verzichtet werden kann (Entsprechendes gilt für die Stundung) auf jede Zwangsvollstreckung aus einem bestimmten Vollstreckungstitel oder auch nur auf ein bestimmtes Exekutionsverfahren [4]) bezw. Exekutionsmittel oder auch nur auf die Vollstreckung in bestimmte Vermögensgegenstände [5]). Auch ein Verzicht auf das Recht, den Schuldner zum Offenbarungseid zu laden, sowie eine Stundung hinsichtlich der Verpflichtung des Schuldners, den Offenbarungseid zu leisten, wird für zulässig gehalten [6]).

Der Verzicht bezw. die Stundung kann vor oder nach Entstehung des Exekutionstitels, vor oder nach Beginn der Exekution erfolgen [7]).

Exekutionsverzicht und Exekutionsstundung üben — anders als nach deutschem Recht der Vollstreckungsvertrag — eine unmittelbare Wirkung auf das Vollstreckungsverfahren aus. Das entgegen dem Verzicht oder der Stundung betriebene Verfahren ist unzulässig [8]). Die Geltendmachung im Vollstreckungsverfahren erfolgt folgendermaßen.

Der Schuldner kann den Exekutionsverzicht und die Exekutionsstundung in erster Linie als Einwendung gegen die Bewilligung der Exekution (einen Akt, der etwa der Erteilung der Vollstreckungsklausel im deutschen Recht entspricht) [9]) vorbringen, und zwar im Wege der Klage, § 36 Ziff. 3 EO. Statt des umständlichen Klageweges kann der Vollstreckungsschuldner unter bestimmten Voraussetzungen auch den Antrag auf Einstellung der Exekution stellen, nämlich dann, wenn er den Verzicht oder die Stundung urkundlich nachweisen kann oder wenn ein diesbezügliches Zugeständnis des betreibenden Gläubigers zu erwarten ist, § 40 EO [10]).

Sind Verzicht oder Stundung erst nach Bewilligung der Exekution erfolgt, so können sie als Einwendungen gegen den Vollzug der Exekution geltend gemacht werden, § 39 Ziff. 6 EO. Das Verfahren ist dann gemäß § 39 EO einzustellen.

---

[3]) Vgl. Pollak, §§ 7, 83 V. Das Bestehen eines Rechtsschutzanspruchs (mit seinen Unterarten Vollstreckungsanspruch usw.) ist im österreichischen Recht genau so streitig wie im deutschen (vgl. Pollak, § 1 Anm. 14).

[4]) Pollak, § 83 V; Neumann-Lichtblau, § 39 zu Ziff. 6; Oberster Gerichtshof, GIUNF (= Sammlg. von zivilrechtl. Entsch. des Ob. Gerichtshofs) Nr. 4223 betr. Zulässigkeit eines Verzichts auf das Recht, gemäß § 201 EO. die Einleitung der Zwangsverwaltung statt des Versteigerungsverfahrens zu beantragen.

[5]) Pollak, § 170 Anm. 32; Neumann-Lichtblau, § 36 Anm. 3; Oberster Gerichtshof, Zentrbl. f. Jur. Prax. 1926 Nr. 214.

[6]) Vgl. Neumann-Lichtblau, § 48 (S. 260, 263).

[7]) Neumann-Lichtblau, § 36, 3; Pollak, § 174, 1 e; Genauso im deutschen Recht: vgl. oben S. 36 ff., insbes. S. 39.

[8]) Neumann-Lichtblau, § 36, 3.

[9]) Neumann-Lichtblau, §§ 4, 5 A b (S. 57).

[10]) Neumann-Lichtblau, §§ 36, 4 (S. 178); 40, 2 (S. 217).

In sämtlichen Fällen kann ferner — entsprechend der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung nach deutschem Recht — eine Aufschiebung der Exekution auf Antrag angeordnet werden, § 42 Ziff. 3, 5 EO. Das Vollstreckungsorgan selbst darf ohne richterliche Weisung mit der Vollziehung der Vollstreckung nur dann innehalten, wenn ihm Exekutionsverzicht oder Exekutionsstundung nachgewiesen [11]) werden, § 46 EO.

Die Regelung des österreichischen Rechts hat unzweifelhaft den Vorzug außerordentlicher Klarheit. Wie ein Blick in den führenden Kommentar zur EO von Neumann-Lichtblau zeigt, knüpfen sich an die den Exekutionsverzicht und die Exekutionsstundung betreffenden Gesetzesstellen kaum irgendwelche Streitfragen.

[11]) Der Nachweis muß im Gegensatz zu § 40 EO. hier durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden erfolgen.

Schrifttum.

Bartels: Wie ist die Vereinbarung, daß der Vollstreckungstitel nur zur Pfändung, nicht zu Verwertungsmaßnahmen und zum Eidesverfahren verwandt werden darf, geltend zu machen? — JW. 1934, 1229.

— Besprechung der Entscheidung des Landgerichts Dresden JW. 1933, 2849.

Barz: Das Klagezurücknahmeversprechen. — Beitr. z. Zivilprozeß, Heft 15, 1933.

Baumbach: Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. 1935.

Behrends: Die Anspruchshäufung im Zivilprozeß, Berlin 1935.

Bernhardt: Vollstreckungsgewalt und Amtsbetrieb, Leipziger rechtswiss. Studien, Heft 93, Leipzig 1935.

Binder: Philosophie des Rechts. Berlin 1925.

— Prozeß und Recht, ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch. Leipzig 1927.

Bley: Klagrecht und rechtliches Interesse. Leipzig 1923.

Blomeyer: Besprechung der Entscheidung des Landgerichts Bielefeld JW. 1933, 1904.

— Zwangsvollstreckung, Lehrbuch. 1933.

Bülow: Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung. — Arch.f.Ziv.Prax. 64, 1 ff. (1881).

— Das Geständnisrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen. Freiburg 1899.

— Klage und Urteil, eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozeß, ZZP. 31, 191 ff. (1903).

— Absolute Rechtskraft des Urteils. — Arch.f.Ziv.Prax. 83, 1 ff. (1894).

Büttner: Die Möglichkeit außerprozessualer Rechtsbehelfe gegen ein erschlichenes rechtskräftiges Zivilurteil. — Breslauer Diss. 1930.

Bunsen: Prozeßrechtsgeschäfte. — ZZP. 35, 401 ff. (1906).

Dackweiler: Zur Rechtsstellung des Schuldners bei vereinbarungswidrigen Vollstreckungsmaßnahmen, JW. 1934, 1155.

Degenkolb: Beiträge zum Zivilprozeß. Leipzig 1905.

Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 5. Aufl., Bd. I 1894, Bd. II 1897.

Dittrich: Die sog. Exklusivverträge über prozessuale Rechtsverhältnisse. Heidelberger Diss. 1908.

Ehrenzweig: Besprechungen von: Kohler, Über prozeßrechtliche Verträge und Kreationen. Grünhuts Z. 18, 228 ff. (1891).

Eltzbacher: Die Unterlassungsklage. Berlin 1906.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse. 12. Aufl. 1932.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I: Einleitung, Allgemeiner Teil. 13. Aufl. 1931.

Entwurf einer Zivilprozeßordnung, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, 1931.

Falkmann-Mugdan: Die Zwangsvollstreckung. 2. Aufl. 1. Teil 1908, 2. Teil 1914.

Fischer: Recht und Rechtsschutz. Heft 6 der Beitr. zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines BGB, Berlin 1889.

— Über Wachs Handbuch des Zivilprozesses. — ZZP. 10, 406 ff. (1887).

Fischer-Fischerhof: Die Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers bei ungerechtfertigter Zwangsvollstreckung. Berlin, Leipzig 1934.
Fitting: Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. 3. Aufl. 1904.
Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. I. Bd., 7. Aufl. 1896. III. Bd., 6. Aufl. 1892.
Förster-Kann: Die ZPO für das Deutsche Reich. 3. Aufl. 1. Bd. 1913; 2. Bd. (2 Teile) 1926.
Fraeb: Die vorzeitige Löschung in der Schwarzen Liste des § 915 ZPO. — ZZP. 50, 97 ff. (1926).
Francke: Der Offenbarungseid nach Reichsrecht. Berlin 1885.
Gadow: Die Einrede der Arglist. — Iherings Jahrb. 84, 174 ff. (1934).
Geib: Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß. 1909.
Gmelin: Die Vollstreckbarkeit nach Reichszivilprozeßrecht. Tübingen 1898.
Goldschmidt: Der Prozeß als Rechtslage. 1925.
— Zivilprozeßrecht. 2. Aufl. 1932.
Groh: Der Anspruch auf Rechtspflege (Justizanspruch). — ZZP. 51, 145 ff.
Hahn: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. II. Bd.: Materialien zur Zivilprozeßordnung, Abt. 1 u. 2, 1880.
Hamburger: Die Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten. Jenaer Diss. 1909.
Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1914.
Hedemann: Einführung in die Rechtswissenschaft. 2. Aufl. 1927.
Hein, Otto: Handbuch der Zwangsvollstreckung. 2. Aufl. 1914.
Hein, Wolfgang: Duldung der Zwangsvollstreckung. 1911.
Hellmann: Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 1907.
Hellwig: Anspruch und Klagrecht. Leipzig 1914.
— Klagrecht und Klagmöglichkeit. Leipzig 1905.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Bd. 1903.
— Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft. — Festgabe für O. Gierke. 1910. Bd. II, S. 41 ff.
— Rechtskraft und Einrede der Arglist. „Recht" 1910, 713 ff.
— System des deutschen Zivilprozeßrechts. 1. Teil. Leipzig 1912.
— Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1901.
Hellwig-Oertmann: Zwangsvollstreckung. Teil 2, Abt. 2 von Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts. 1919.
Hildebrandt: Rechtsfindung im Neuen Deutschen Staate. Berlin und Leipzig 1935.
Hoeniger: Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten. — DJZ. 1905, 1005.
Hölder: Natürliche und juristische Personen. 1905.
— Das Sammelvermögen als Schuldner. — DJZ. 1910, 1263.
Hommel: Über materiellrechtliche Einwendungen gegen Vollstreckung von Urteilen. — Würzburger Diss. 1892.
Huyke: Offenbarungseid und Haft im Zivilprozeß. Berlin 1930.
Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung. 6. und 7. Aufl. 2. Bd., 2. Lief. (§§ 72—138). Berlin und Leipzig 1934.
— Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. 8. Aufl. Berlin und Leipzig 1932.
Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. Tübingen 1905.
Kann: Besprechung des Kommentars zur ZPO von Seuffert-Walsmann (12. Aufl.). — ZZP. 58, 425 ff. (1934).
Kisch, Wilhelm: Deutsches Zivilprozeßrecht. 4. Aufl., 3 Bde. 1929.
Kleinfeller: Besprechung von: Hellwig „Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts (1903)". — ZZP. 34, 370 ff. (1905).
— Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. Berlin 1925.

Kohler: Prozeßrechtliche Forschungen. Berlin 1889.
— Über die Grundlagen des Zivilprosses. — Arch.f.Ziv.Prax. 97, 1 ff. (1905).
— Lehrbuch des Konkursrechts. Stuttgart 1891.
— Studien über Mentalreservation und Simulation. — Jherings Jahrb. 16, 91 ff. (1878).
— Der Prozeß als Rechtsverhältnis. 1888.
— Der sog. Rechtsschutzanspruch. — ZZP. 33, 211 ff. (1904).
— Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß. — Arch.f.d.Ziv.Prax. 80, 141 (1892).
— Über prozeßrechtliche Verträge und Kreationen. Gruch. 31, 309 ff. (= Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß, 1894, S. 127 ff.). 1887.
— Über die Verträge, in welchen der Gläubiger verspricht, keinen Konkurs zu beantragen, und deren Gültigkeit. — Ges. Beitr., S. 248 ff.
— Zivilprozeß- und Konkursrecht. — Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 6. Aufl. 1904. 2. Bd., S. 49 ff.
Kreß: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. 1929.
Kuttner: Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile. München 1908.
Lange: Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat. — (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Heft 114). Tübingen 1934.
— Vom alten zum neuen Schuldrecht. Hamburg 1934.
Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1903.
— Der Urteilsanspruch, ein Beitrag zur Lehre vom Klagrecht. 1899.
Laue: Wie ist die Vereinbarung, daß der Vollstreckungstitel nur zur Pfändung, nicht zu Verwertungsmaßnahmen und zum Eidesverfahren verwendet werden darf, geltend zu machen? JW. 1934, 675.
Lehmann, Heinrich: Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. München 1906.
— Zivilprozeßreform und Rechtsstaatsgedanke in „Das nue Zivilprozeßrecht", Sonderheft der Rhein. Zs.f.Zivil-u.Prozeßrecht des In- und Auslandes, S. 30 ff., 1924.
Lewinsohn: Das Bestreiten der Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides. — ZZP. 14, 96 ff. (1890).
Lubowski: Das Offenbarungseidverfahren nach der ZPO. Berlin 1913.
Mayer, K.: Anspruch und Rechtskraft im deutschen Zivilprozeßrecht. Stuttgart 1930.
Mendelssohn-Bartholdy: Besprechung des Reichsgerichtsurteils JW 1921, 1244.
Mentzel: Kommentar zur Reichskonkursordnung. 4. Aufl. 1932.
Meyer, Karl: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. München 1899.
Müller, Hans: Die Offenbarungspflicht des Vollstreckungsschuldners nach der ZPO. Göttinger Diss. 1931.
Müller, Wilh. A.: Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts. Berlin 1907.
Neukamp: Handkommentar zur ZPO. 2. Aufl. 1911.
Neumann-Lichtblau: Kommentar zur Exekutionsordnung. 3. Aufl., 2 Bde. Wien 1928, 1929.
Niese: Prozeßhandlungen und Verträge über Prozeßhandlungen. Jenaer Diss. 1930.
Nußbaum: Die Prozeßhandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse. München 1908.
Oertmann: Kommentar zum BGB. Bd. II, Abt. 1: Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin 1928.
— Grundriß des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. und 3. Aufl. 1927.
— Die rechtliche Natur der Vollstreckungsgegenklage. — Arch.f.d.Ziv.Prax. 107, 199 ff. (1911).
Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe. Bd. I. Stuttgart 1891.

Pagenstecher: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. Berlin 1905.
Petersen-Anger: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl., Bd. II. 1901.
Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1900.
Planck, G.: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. I. Bd., 1. Aufl. Berlin 1897.
Planck-Siber: Kommentar zum BGB. II. Bd., 1. Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil). Berlin 1914.
Planck, Justus Wilhelm: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2 Bde., 1887/96.
Pollak, Rud.: System des österreichischen Zivilprozeßrechts mit Einschluß des Exekutionsrechts. 2. Aufl. Wien 1932.
Queck: Das Verfahren bei Abnahme des prozessualen Offenbarungseides mit Beschränkung auf die Fälle der ZPO. Leipziger Diss. 1906.
Rehbein-Reincke: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. 4. Aufl., 4 Bde. 1889.
Reichel: Gewillkürte Haftungsbeschränkung. — Festschrift für Georg Cohn, 1915, S. 203 ff.
— Unklagbare Ansprüche. — Jherings Jahrb. 59, 409 ff. (1911).
Reichenheim: Die materiellen Prozeßverträge und ihre praktische Bedeutung im Scheinprozesse. Würzburger Diss. 1912.
Rintelen, Anton: Handbuch des österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechts. München und Leipzig 1915.
Roquette: Vollstreckungsverträge. — ZZP. 49, 160 ff. (1925).
Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. 1931.
Sarvey-Boßert: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1901.
Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts. Stuttgart 1919.
Schaffstein: Der Begriff „Strafanspruch" und sein rechtspolitischer Gehalt. — DJZ. 1934, 1174.
Schmidt, Richard: Der Prozeß und die Staatsbürgerlichen Rechte (Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden), Bd. 2. Leipzig 1910.
— Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. Leipzig 1906.
Schollmeyer: Besprechung von: Förster-Eccius, „Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts". 5. Aufl. (1887—1888) — ZZP. 14, 352 ff. (1890).
Schultz, Rud.: Das Verhältnis der Vollstreckungsbeschwerde zu der sofortigen Beschwerde des Vollstreckungsverfahrens. Berlin 1911.
Schwalm: Der Vollstreckungseid. Leipzig 1930.
Schwinge: Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvollstreckungsrecht. — Beitr. z. Zivilprozeß, 1930.
— Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Bonner, Rechtswissenschaftl. Abh., Heft 14, 1930.
Seestern-Pauly: Besprechung der Beschlüsse des Amtsgerichts Kiel usw. — ZZP. 10, 513 ff. (1886).
Seuffert: Deutsches Konkursprozeßrecht. Leipzig 1899.
— Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 7. Aufl. München 1895.
Seuffert-Walsmann: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 12. Aufl. 2 Bde. 1932, 1933.
Seldt: Beiträge zur Lehre von der Vollstreckungsgegenklage. Göttinger Diss. 1931.
Siber: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. — Iherings Jahrb. 50, 129 ff. (1906).
— Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit. — Iherings Jahrb. 70, 223 ff. (1921).
Sintenis: Der simulierte Prozeß. — ZZP. 30, 358 ff. (1902).
Staudinger-Werner: Kommentar zum BGB und dem Einführungsgesetze. II. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, 9. Aufl. 1930.

Stein: Grundfragen der Zwangsvollstreckung. Tübingen 1913.

— Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage. — Festschr.f.Fitting 1902, 333 ff.

Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 15. Aufl. 2 Bde. 1934.

Stein-Juncker: Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts. 3. Aufl. 1928.

Struckmann-Koch: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 7. Aufl. 1900.

Sydow-Busch-Krieg: Konkursordnung, Vergleichsordnung und Anfechtungsgesetz. 16. Aufl. Berlin, Leipzig 1932.

v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1910, II. Bd. Abt. 1, 1914, II. Bd. Abt. 2, 1918.

Volkmar: Das Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten. Deutsche Justiz 1934, 1622.

Voss: Über den Widerspruch des Pfandschuldners gegen die Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen. — ZZP. 26, 457 ff. (1899).

Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. I. Bd. 1885.

— Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. 2. Aufl. Bonn 1896.

— Das Geständnis, ArchZivPr. 64. 201 ff.

Walker-Jaitner: Österreichisches Exekutionsrecht. 3. Aufl. Wien 1925.

Walsmann: Besprechung von: Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts (2. Aufl. 1929). — Jud. I, 312 ff. (1928—1929).

— Prozeßzweck und Verfahren im Zivilprozeß. Rhein. Zs.f.Zivil-u.Prozeßrecht 12, 414 ff. (1923).

Weidert: Die Vollstreckungsgegenklage. Erlanger Diss. 1932.

Weill: Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten. Heidelberger Diss. 1911.

Weismann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. II. Bd. 1905.

Wendt: Unterlassungen u. Versäumnisse im bürgerl. Recht. — Arch.f.d.Ziv.Prax. 92, 1 ff. (1902).

Wilmowski-Kurlbaum: Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl. Berlin 1906.

Wilmowski-Levi: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 4. Aufl. II. Bd., 1886.

Wolff, Th.: Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. 1921.

Wurzer: Die ungerechtfertigte Durchbrechung der Rechtskraft zugunsten der guten Sitten. — Jherings Jahrb. Bd. 65, 335 ff. (1915).

Die Schrift von Schiedermair, Vereinbarungen im Zivilprozeß (Heft 33 der Bonner Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen), Bonn 1935, in der u. a. auch die Vollstreckungsverträge eine eingehende Behandlung erfahren haben (vgl. insbes. S. 5, 83 ff., 90 ff., 128 ff., 182 ff.), ist erst nach Drucklegung der vorstehenden Abhandlung erschienen und konnte daher nicht mehr berücksichtigt werden.

Lebenslauf.

Am 6. März 1911 wurde ich in Ulm (Donau) als Sohn des inzwischen verstorbenen Landesversicherungsobersekretärs Willi Raatz und seiner Ehefrau Adele, geb. Kronschwitz geboren. Nach neunjährigem Besuch des humanistischen Gymnasiums, zunächst des Domgymnasiums in Merseburg, später des Städtischen Gymnasiums in Stendal, bestand ich am 4. März 1929 in Stendal die Reifeprüfung.

Ich studierte zwei Semester in Berlin, ein Semester in München, die restlichen Semester in Halle. Während meines Studiums hörte ich insbesondere bei den Professoren Beling, Bilfinger, Boehmer, Fleischmann, Hein, Heymann, Kipp, W. Kisch, Kohlrausch, Nawiasky, Ruth, Rudolf Schmidt, Schwinge, Stutz, Titze, Wenger, M. Wolff. Am 14. Januar 1933 bestand ich bei dem Oberlandesgericht Naumburg (Saale) die erste juristische Staatsprüfung.

Seit 1. Februar 1933 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst. Ich war zunächst dem Amtsgericht in Bismark (Pr. Sa.) zur Ausbildung überwiesen, sodann dem Landgericht und der Staatsanwaltschaft in Stendal. Zurzeit bin ich einem Stendaler Anwalt zur Ausbildung zugewiesen. Während des Sommersemesters 1934 und des Wintersemesters 1934/35 unterbrach ich den Vorbereitungsdienst, um eine Assistentenstelle bei der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg zu übernehmen. Während dieser Zeit fertigte ich zugleich die Dissertation an. Am 26. März 1935 bestand ich die Doktorprüfung magna cum laude.